

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE
CURSO DE DIREITO

SANDRA MURIEL ZADRÓSKI ZANETTE

**PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA
DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA, SOB O ENFOQUE
DA DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL.**

CRICIÚMA

2013

SANDRA MURIEL ZADRÓSKI ZANETTE

**PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DOS
MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA, SOB O ENFOQUE DA DOUTRINA
DA PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para
obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da
Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Msc. Ismael Francisco de Souza.

CRICIÚMA

2013

SANDRA MURIEL ZADRÓSKI ZANETTE

**PUBLICIDADE NA SOCIEDADE DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DA INTERFERÊNCIA DOS
MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA FORMAÇÃO DA CRIANÇA, SOB O ENFOQUE DA DOUTRINA
DA PROTEÇÃO INTEGRAL.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca
Examinadora para obtenção do Grau De Bacharel, no
Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Criciúma, 04 de novembro de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ismael Francisco de Souza- Mestre - (UNESC) – Orientador

Prof. Janete Trichês – Mestre - (UNESC)

Prof Rosângela Del Moro - Especialista - (UNESC)

Um dia uma criança chegou diante de um pensador e perguntou-lhe: "Que tamanho tem o universo?". Acariciando a cabeça da criança, ele olhou para o infinito e respondeu: "O universo tem o tamanho do seu mundo". Perturbada, ela novamente indagou: "Que tamanho tem meu mundo?". O pensador respondeu: "Tem o tamanho dos seus sonhos".

Augusto Cury

**Dedico este trabalho ao meu companheiro,
Ronald Spegel, por toda a dedicação, carinho e
paciência.**

**E aos frutos de nosso amor, nossas filhas, Bruna
e Lia, inspiração na busca de se tornar uma
pessoa cada vez melhor.**

AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus por sempre estar presente nos momentos mais desesperadores e por Nele encontrar forças para superar obstáculos que jamais conseguiria transpor sozinha.

Aos meus pais, Silvio e Marelize, sempre presentes na minha vida, pela excelente educação que me deram, combinando de forma perfeita a liberdade e responsabilidade.

Aos meus avós, Marcos (In Memorium) e Placedina, que foram pessoas fundamentais para a formação da minha personalidade, que me fizeram sentir a pessoa mais amada deste mundo, dando-me segurança e confiança.

Ao meu companheiro Ronald, por toda paciência que teve nas minhas horas de desespero, fazendo que nosso lar seja um porto seguro, cheio de paz, amor e felicidade.

Às minhas filhas, Bruna e Lia, inspiração para o desafio de uma nova formação acadêmica e inspiração também para o tema deste trabalho. Que me ensinaram um novo significado para a palavra amor, e talvez o meu aprendizado mais importante, “dar sem esperar nada em troca”.

Agradeço aos meus amigos e colegas com quem tive o prazer de conviver durante todos esses anos de graduação. Em especial, à minha amiga Madalena e meu amigo Tony, que ficarão para sempre em meu coração.

A minha sogra Silvia, pelo carinho e presteza, em realizar a correção ortográfica do trabalho.

Ao professor orientador Ismael Francisco de Souza, pela orientação, pela amizade, pelo carinho e dedicação na elaboração deste trabalho. Pessoa ímpar, de um conhecimento grandioso e de muita humildade. Sou sua fã !

Às ilustres professoras, Janete e Rosângela por integrarem minha banca avaliadora e por serem pessoas tão dedicadas aos seus alunos. Obrigada!

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo principal compreender e analisar de que forma os meios de comunicação, através da publicidade e propaganda, presentes principalmente televisão aberta, interferem no desenvolvimento integral da criança. O método utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo, com pesquisa qualitativa, teórica, com base bibliográfica e documental legal. O primeiro capítulo abordou a trajetória histórica dos direitos da criança, bem como os princípios orientadores da doutrina da proteção integral da criança e do adolescente, que transformou os mesmos em “sujeitos” de direito. Em seguida, o segundo capítulo fez um estudo sobre a sociedade de consumo, sobre o papel que a publicidade exerce na atual sociedade e como a publicidade é regulamentada no Brasil. Por fim, o terceiro capítulo analisou a influência da televisão e da publicidade no desenvolvimento da criança, e os impactos por eles gerados. Ainda no terceiro capítulo, foi analisado o projeto de lei que regula a publicidade infantil e os argumentos contrários à aprovação deste projeto. O estudo trouxe à conclusão de que é necessária a intervenção estatal para regularizar a publicidade para o público infantil. A autorregulamentação não é suficiente e encontram-se diversos exemplos de publicidade abusiva direcionada à criança comprometendo o desenvolvimento integral que a Constituição assegura.

Palavras-chave: Criança, proteção integral, sociedade de consumo, publicidade, televisão, intervenção estatal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AmBev – Companhia de Bebidas das Américas
CBAP – Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária
CCJC _ Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CCTCI – Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária
CF – Constituição Federal
CMDCA – Conselho Municipal de Direito da Criança e Adolescente
CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
FEBEM _ Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor
FUNABEM - Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor
PROCON – Procuradoria de Defesa do Consumidor
ONG´s – Organização Não Governamental
ONU- Organizações das Nações Unidas
PL – Projeto de Lei
PLIMEC – Plano de Integração Menor-Comunidade
PNBEM - Política Nacional do Bem-Estar
SAM – Serviço de Assistência a Menores
UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 FUNDAMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
2.1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	13
2.1.1 A Doutrina do Direito Penal do Menor	18
2.1.2 O Código de Menores de 1927	19
2.1.3 A política do bem-estar do menor	21
2.1.4 Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular	22
2.2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL	24
2.2.1 Constituição Federal de 1988	24
2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente	26
2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	28
2.3.1 Princípio do Melhor Interesse	30
2.3.2 Princípio da Prioridade Absoluta	32
3 SOCIEDADE DE CONSUMIDORES E A PUBLICIDADE	34
3.1 SOCIEDADE DE CONSUMIDORES	34
3.1.1 Da sociedade de produtores à sociedade de consumidores	35
3.1.2 A transformação do indivíduo em mercadoria e refém do sistema produtivo ..	37
3.1.3 Satisfação e felicidade, aqui e agora	38
2.1 PUBLICIDADE	42
3.2.1 Conceito e diferenciação de publicidade e propaganda	42
3.2.2 Importância da publicidade na relação de consumo	45
3.2.3 O Direito e a publicidade	46
3.2.3.2 O Sistema de Controle Particular da Publicidade	51
3.2.4 Os princípios da publicidade	54
3.2.4.1 Princípio da identificação	55
3.2.4.2 Princípio da veracidade	56
3.2.4.3 Princípio da vinculação	56
3.2.5 Publicidade ilícita	58
3.2.5.1 A publicidade enganosa	58

3.2.5.2 A publicidade abusiva	61
3.2.5.3 Responsabilidade do fornecedor-anunciante, das agências e do veículo	63
3.2.6 Publicidade restrita.....	65
4 PROIBIÇÃO DA PUBLICIDADE PARA CRIANÇA	69
4.1 A CRIANÇA E A PUBLICIDADE	69
4.1.1 A hipossuficiência e a vulnerabilidade da criança	69
4.1.2 A criança frente à televisão	73
4.1.3 A criança frente à publicidade e o consumo	79
4.1.4 Impactos negativos gerados pela publicidade.....	83
4.1.4.1 Mudanças do comportamento	83
4.1.4.2 Transtornos alimentares e Obesidade	84
4.1.4.3 Erotização Precoce.....	86
4.1.4.4 Estresse Familiar	87
4.1.4.5 Violência e Delinquência.....	89
4.2 FUNDAMENTO PARA A PROIBIÇÃO DA PUBLICIDADE	90
4.2.1 Projeto de Lei 5.921/ 2001	93
4.2.2 Autonomia da família.....	95
4.2.3 Liberdade de expressão.....	96
5 CONCLUSÃO.....	101
ANEXO A – COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO	110
ANEXO B - CÂMARA DOS DEPUTADO COMISSÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA.....	115

1 INTRODUÇÃO

A história do reconhecimento dos direitos de crianças e adolescentes foi construída a partir de efetiva luta e mobilização social, para ruptura das práticas menoristas. Somente após a Constituição de 1988, em seu artigo 227, é que surge a preocupação com o desenvolvimento integral da criança e do adolescente, com a “prioridade absoluta”, e deixa claro que é dever da família, da sociedade e do Estado a efetivação de todos os direitos destinados à criança e ao adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente instituído em 1990 concretiza esses novos direitos e principalmente propicia para todas as crianças e adolescentes um desenvolvimento saudável.

Em pesquisa realizada pelo Painel Nacional de Televisão do IBOPE, as crianças brasileiras passam diariamente cerca de 5 horas em frente à televisão. Esse tempo é maior do que a maioria das crianças permanece na escola. Nesse sentido, não é à toa que a televisão é considerada atualmente a “babá” das famílias. Assim não é possível deixar de levar em conta que televisão e a internet possuem um papel fundamental na formação das crianças nos dias atuais, assim como a família e a escola.

A criança não possui pleno desenvolvimento intelectual, quando em frente a uma boa publicidade, não saberá distinguir o real do imaginário, sendo muito mais fácil de influenciar do que um adulto. Aqui entra a astúcia dos publicitários que induzem a criança ao erro, pois ela não entende a publicidade como tal, ferindo o artigo 36 do CDC.

No Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, § 2º, cita expressamente que a publicidade será considerada abusiva quando “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”. Observa-se que para criança a publicidade de forma subjetiva está proibida, visto que a criança não possui pleno desenvolvimento.

Cumpra salientar que a questão não é tão fácil de ser resolvida, pois a Constituição Federal de 1988 preconiza que o Brasil é um Estado Democrático de Direito. Historicamente o país vivenciou um período de ditadura militar e vários princípios são questionados quando é usada a palavra “proibição”.

Assim, defensores do princípio da liberdade de expressão e do paternalismo exagerado criticam essas proibições, entendem que o Estado não deveria intervir nesse

assunto, que esta educação faz parte do âmbito privado, da família ter a autonomia de orientar de forma crítica a publicidade a que as crianças assistem.

Diante dessas dúvidas, de como a publicidade interfere no desenvolvimento integral das crianças, e se a publicidade para esse público está implicitamente proibida ou não, é que surge a necessidade de desenvolver este projeto.

Neste sentido, a relevância social da pesquisa que se pretende realizar emerge da percepção da valorização do “ter” na atual sociedade de consumidores. Diante desse cenário, surge a necessidade de se estudar limites legais à publicidade dirigida a crianças e adolescentes.

O estudo resultou em três capítulos, realizados através de pesquisa bibliográfica. O método utilizado foi o dedutivo, com pesquisa qualitativa, teórica, com base bibliográfica e documental legal.

O primeiro capítulo consiste em um estudo aprofundado da história da criança e adolescente, bem como a transformação dos mesmos de objeto a sujeito de direitos. Destacam-se também os princípios que servem de alicerces à doutrina da proteção integral, bem como a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O segundo capítulo faz uma abordagem de dois temas correlatos, a sociedade de consumidores e a publicidade. Importante destacar a relevância da publicidade e da televisão como legitimadores da sociedade de consumidores e também as consequências desse tipo de sociedade na vida do homem. Quanto à publicidade, realizou-se um estudo minucioso sobre como ela é regulamentada no Brasil, tanto no âmbito privado, quanto estatal.

Por fim, o terceiro capítulo traz a influência da televisão, da publicidade no desenvolvimento da criança e suas consequências. Faz uma análise do Projeto Lei que regula a publicidade infantil bem como os argumentos contrários a essa regulamentação: liberdade de expressão e autonomia familiar.

2 FUNDAMENTO DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Importante destacar nesta abordagem histórica, o processo civilizatório do mundo Ocidental, em especial atenção à relação que existiu entre criança e sociedade. Lima observa:

Estamos falando de uma tradição sócio-cultural que desde os primórdios da Civilização Ocidental negou a “existência” peculiar da criança, promovendo a anulação e rejeição da perspectiva infantil, a desvalorização da “presença” e da “atuação” da criança na vida social e sua submissão ao controle repressivo do “mundo adulto” (2001, p. 10).

Nas civilizações helênica e românica de quinze ou vinte séculos antes de Cristo, a família possuía normas institucionais. Os filhos, principalmente os homens, tinham certo valor e gozavam de proteção da comunidade, por possibilitarem a perpetuação da família. Eram os filhos que garantiam aos antepassados e aos pais a imortalidade, a “continuação do culto familiar e do fogo sagrado, a fim de saldar as dívidas religiosas junto aos lares e deuses domésticos” (VERONESE, 2006, p. 9).

Na Idade Antiga, na família romana o pai era autoridade familiar e religiosa, era o *pater familiae*, o pai exercia sobre seus filhos poder absoluto, similar ao direito de propriedade. A sociedade familiar deveria seguir as regras da religião, e esta estabelecia o direito (AMIN, 2011, p. 1).

Na sociedade Grega, mais especificamente em Esparta, lembrada até nossos dias por seus guerreiros, as crianças eram “patrimônios” do Estado, o pai transferia ao Estado “o poder sobre a vida e criação dos filhos, com objetivo de preparar novos guerreiros” (AMIN, 2011, p. 2).

Era comum entre os antigos, sacrificarem crianças malformadas, doentes e, no Oriente esse sacrifício era sempre de ordem religiosa. Os hebreus, no entanto eram exceções, pois, apesar de permitir que as crianças fossem vendidas como escravos, não permitiam sacrifícios nem o aborto (AMIN, 2011, p. 2).

De acordo com o Código de Manu, “o primogênito era o filho gerado para o cumprimento do dever religioso, por isso privilegiado”. Esse privilégio era o que

determinava o direito sucessório, não havia tratamento isonômico entre os filhos, o primogênito do sexo masculino era o escolhido (AMIN, 2011, p. 2).

Mais para o final da Idade Antiga, houve, por parte dos romanos, uma importante diferenciação entre “menores impúberes e menores púberes, muito próximo das incapacidades absoluta e relativa de nosso tempo”. Em consequência, as sanções resultantes das práticas ilícitas dos menores foram aliviadas. (AMIN, 2011, p. 2).

Na Idade Média as crianças até os sete anos aprendiam no meio dos adultos, pela tradição transmitida de geração a geração. Após essa idade a criança “escapava à sua própria família”, e passava a viver em uma outra família que não a sua para receber educação. Muitas sequer voltavam à sua família de origem, fazendo com que os sentimentos no meio mais rico fossem confundidos apenas com a “honra do nome” e a “prosperidade do patrimônio”. Já nas famílias mais pobres inexistia qualquer sentimento, a não ser “o mesmo sentimento provocado pelas antigas relações de linhagem” (ARIÈS, 1981, p. 231).

Pesquisas realizadas por Áries apontam:

A descoberta da infância começou sem dúvida no século XIII, e sua evolução pode ser acompanhada na história da arte e na iconografia dos séculos XV e XVI. Mas os sinais de seu desenvolvimento tornaram-se particularmente numerosos e significativos a partir do fim do século XVI e durante o século XVII (1981, p. 65).

Na sociedade medieval não existia o sentimento de infância, a criança era confundida com o adulto assim que conseguisse viver sem auxílio de sua mãe ou de sua ama. No entanto, nas famílias mais ricas dos séculos XVI e XVII, quando muito pequenas por sua gentileza e sua graça, elas despertavam um sentimento de “paparicação”, e no final do século XVII esse sentimento foi alastrado para as famílias mais pobres (ÁRIES, 1981, p. 156 -157).

A “paparicação” foi o primeiro sentimento da infância que surgiu no seio familiar, gerando repúdio entre moralistas e educadores do século XVII. Daí surgindo o segundo sentimento da infância, que nasce no exterior da família, “dos eclesiásticos e homens da lei, raros até o século XVI, e de um número de moralistas no século XVII, preocupados com a disciplina e a racionalidade dos costumes”. (ÁRIES, 1981, p. 162-163).

Desta forma podemos dizer que nesse período histórico surgiu um “novo sentimento em relação à infância”: a criança passou a ser objeto de distração e de relaxamento para o adulto. Posteriormente, a esse *primeiro sentimento da infância*, identificado por ARIËS como “*paparicação*”, sucedeu o da “*inocência infantil*”, uma inocência que estava exposta a todos os riscos de ser pervertida, e que, por isso, era alvo de permanente vigilância e rígido controle (LIMA, 2001, p. 13)(grifo original).

A criança encontra afinal um lugar na família, um sentimento diferente daquele conhecido na Idade Média, onde as famílias existiam no silêncio. A família adquire um valor fortalecendo os laços familiares.

Esse sentimento está muito ligado também ao sentimento da infância. Ele afasta-se cada vez mais das preocupações com a honra da linhagem ou com a integridade do patrimônio, ou com a antiguidade ou permanência do nome: brota apenas da reunião incomparável dos pais e filhos (ARIËS, 1981, p. 223).

A partir do século XVII, especificamente no final do século, a escola substituiu a aprendizagem tradicional, nascendo um “sentido da particularidade da infância” e uma crescente “preocupação da ordem psicológica e moral”. Esse sentimento novo em relação à criança está intimamente ligado ao Humanismo, movimento filosófico do Renascimento (VERONESE, 2006, p. 14).

A sobrevivência da antiga aprendizagem nas duas extremidades da escala social não impediram o declínio: a escola venceu, através da ampliação dos efetivos, do aumento do número de unidades escolares e de sua autoridade moral. Nossa civilização moderna, de base escolar, foi então definitivamente estabelecida. O tempo a consolidaria, prolongando e estendendo a escolaridade (ARIËS, 1981, p. 233).

O principal fundamento do Humanismo é o conhecimento, a educação clássica, que “supõe um reavivar da acepção original da *paideia* na Grécia clássica”. Assim resulta o “caráter aristocrático da educação renascentista” (BOTO 2002, p. 21).

No entanto, na *paideia* helenística, existia uma passagem do mundo das crianças para o mundo dos adultos, que se dava através da iniciação ou da educação. Na Idade Média a civilização não percebeu essa passagem, e o “grande acontecimento” do início da Idade Moderna, foi a preocupação com a educação. Esta preocupação partiu dos moralistas, pois os humanistas preocupavam-se com a cultura do homem durante toda sua vida e não com a educação das crianças (ARIËS, 1981, p. 276).

No entanto, no século XIX, nas famílias mais pobres as crianças ainda viviam como na Idade Medieval, sendo afastadas das suas casas. Não existia o sentimento da casa e nem o sentimento de família. Também a ascendência moral foi um fenômeno inicialmente burguês (ARIÉS, 1981, p.188).

As escolas de caridades do século XVII, fundadas para os pobres atraíam também as crianças ricas. Mas a partir do século XVIII, as famílias burguesas não aceitaram mais essa mistura, e retiraram suas crianças daquilo que se tornaria um sistema de ensino primário popular, para colocá-las em pensões ou nas classes elementares dos colégios, cujo monopólio conquistaram (ARIÉS, 1981, p. 278)

No Brasil, a história da criança inicia-se com a chegada dos jesuítas em 1549 na Bahia. Mas ao contrário do que acontecia na Europa no século XVI, onde a criança conquistava seu espaço na sociedade e na família, no Brasil com o descobrimento e a colonização, a criança era explorada, desvalorizada e negligenciada (VERONESE, 2006, p. 16).

Os padres da Companhia de Jesus tinham como sua principal missão o ensino das crianças; no entanto, outras Ordens, como a dos Frades Menores, também se dedicaram ao ensino dos filhos dos portugueses (CHAMBOULERYON, 2000, p. 56).

É bem verdade que a infância estava sendo descoberta nesse momento no Velho Mundo, resultado da transformação nas relações entre indivíduos e grupo, o que ensejava o nascimento de novas formas de afetividade e a própria “afirmação de sentimento da infância”, na qual a Igreja e o Estado tiveram papel fundamental. Neste sentido, foi também esse movimento “que fez a Companhia escolher as crianças indígenas como o ‘papel branco’, a cera virgem, em que tanto se deseja escrever; e inscrever-se” (CHAMBOULERYON, 2000, p. 58).

A catequização das crianças indígenas e portuguesas tinha como meta a disciplinarização, imposta principalmente às crianças indígenas sendo que para isso valiam-se da coerção. Não importavam seus desejos, suas vontades, deveria prevalecer a formação cristã e a educação, rompendo com a cultura nativa. Essa catequização resultou em “um massacre cultural jamais presenciado na história” (ROCHA, 2002, p.15-16).

Diante das imposições e dos castigos físicos, o índio começou a rejeitar o trabalho, não servindo mais de mão-de-obra. Preocupados com o novo ciclo que ora iniciava, o do açúcar, e que mudaria as rotas da economia, os portugueses vêem no negro a saída (VERONESE, 2006, p.31).

Importante destacar que os padres jesuítas possuíam “uma prática educacional baseada no binômio amor-repressão” e foram os primeiros a incutir uma cultura de educação para a formação da criança e do adolescente, sendo este ponto positivo. No entanto, o controle disciplinar reproduzia uma violência institucional que se mantém ainda hoje, deixando uma marca profunda na história da criança (CUSTÓDIO, 2009, p. 13 e 14).

Durante todo o Brasil Colônia, vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal, onde não havia diferença entre crianças e adultos, que recebiam os mesmos castigos físicos. Primeiramente as crianças indígenas e posteriormente as negras, que já chegavam em péssimo estado e não recebiam nenhuma proteção. Nenhuma iniciativa foi feita, durante três séculos, para ajudar essas crianças carentes, somente de ordem religiosa isso foi feito (VERONESE, 2006, p.33-36).

Historiadores, atualmente, denunciam os castigos físicos sofridos pelas crianças negras, às vezes até mais cruéis do que aqueles empregados com os adultos, uma vez que os pequenos cativos tinham menor valor no mercado (VERONESE, 2006, p.36).

A Roda dos Expostos foi regulamentada em 1775, pelo Ministro Sebastião José de Carvalho e Mello. A “roda” acolhia crianças órfãs e abandonadas, mas essas crianças não vinham apenas de famílias pobres, eram abandonados também filhos ilegítimos da elite e crianças escravas. Em 1726 foi fundada a Casa dos Expostos na Bahia e em 1738 no Rio de Janeiro. O índice de mortalidade era extremamente alto. No entanto, “era a única forma encontrada de salvar as crianças negras, filhas de escravas”. Para os senhores de escravos, as crianças negras não eram nada econômicas, pois as mães perdiam tempo cuidando deles, assim “nos períodos que o preço dos escravos diminuía, os recém nascidos eram mortos, jogados no chão, pisoteados, enterrados vivo-mortos, para não importarem gastos ao senhor” (VERONESE, 2006, p.33-35).

Essas políticas de intervenção na infância, como Companhia de Jesus no século XVI e a Roda dos Expostos no século XVIII, foram reproduções de modelos da Europa que buscavam respostas aos problemas da infância no Brasil. Todavia, essas “experiências políticas”, com um “discurso salvacionista” deixaram profundas marcas nas crianças brasileiras (CUSTÓDIO, 2009, p. 11).

Em 1822, com a Independência do Brasil, surgem instituições para atendimento ao “menor” carente, como medida assistencial às crianças pobres e órfãs, esses menores eram considerados “os filhos da infelicidade e da pobreza” (VERONESE, 2006, p.16).

2.1.1 A Doutrina do Direito Penal do Menor

A conquista de direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil surge somente com a Proclamação da República, em 1889, “até o final do período imperial brasileiro, praticamente inexistiu qualquer interesse, garantia de direito e proteção jurídica à infância” (CUSTÓDIO, 2009, p. 14).

Esse interesse era exclusivamente em forma de repressão, pois crianças pobres perturbavam a tranquilidade da elite brasileira. O que esclareceu isso foi o Código Penal da República, onde “a repressão assumiu um caráter político claro em torno do que se desejava enquanto imagem da infância brasileira”, que nada mais era do que a reprodução do movimento higienista somado a ideias positivistas, resultando no que se convencionou na era do “menor” (CUSTÓDIO, 2009, p. 14).

A sociedade estava dividida entre “assegurar direitos ou se defender dos menores”, assim nada mais prático do que criar casas onde esses menores seriam educados, onde seriam regenerados os menores em conflito com a lei (AMIN, 2011, p. 5).

É neste contexto que a criminalização, mesmo por meio de contravenções, como vadiagem e capoeira, tornou-se instrumento poderoso de controle social das classes populares. Medidas como criação do Instituto Disciplinar em 1902 para “menores delinquentes” e a ampliação da aprendizagem pelas instituições militares serão medidas de caráter simbólico na nova estrutura institucional que se estabelecia na transição do século XIX-XX (CUSTÓDIO, 2009, p. 15).

Influenciado por movimentos sociais internacionais que possuíam uma especialização da área da criança e do adolescente, retirando-as da área penal, o país inaugura a Doutrina do Direito do Menor, “fundada no binômio carência e delinquência” (AMIN, 2011, p. 5).

Em 1926, foi publicado o primeiro Código de Menores do Brasil (Decreto n. 5.083) e, em 1927, mais ou menos um ano depois, o Decreto 17.943-A, mais conhecido como Código de Mello Mattos.

2.1.2 O Código de Menores de 1927

Analisando o processo histórico, pode-se verificar que “a ascendência da escola e da família sobre a criança e o adolescente assume caráter classístico, manifestando-se como fenômeno burguês”, ficou claro que a “Burguesia cuidou de separar os seus filhos dos filhos dos pobres”. Segundo LIMA, “essa característica cultural iria ter reflexos profundos na construção do paradigma sócio-jurídico do Menorismo”. No final do século XIX, juristas, educadores e administradores dividiram as crianças em dois hemisférios: o da criança e do adolescente e dos “*menores*” ou “*menores irregulares*” (LIMA, 2001, p. 14 e 15).

No Brasil e em toda América Latina, a história do menorismo se repete, e “demonstra a crise recorrente das respostas do Estado a um drama vivido pela grande maioria de crianças e adolescentes nos diversos períodos de nossa evolução social e política” (LIMA, 2001, p.18).

Segundo Pereira (2008, p.102), “até 1930, as instituições educacionais tinham preocupações de caráter moral e religioso”. A partir do Código de Menor, foi abandonada a punição e repressão, e, em substituição, passou-se a regenerar e educar esses menores.

Conhecido como Código de Mello Mattos, o decreto no. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, representou o primeiro Código Sistemático de Menores do País e da América Latina. Recebeu o nome do autor do projeto que estabeleceu suas bases (PEREIRA, 2008, p. 105).

Citando Amim, a respeito do Código de Menores de 1927:

De acordo com a nova lei, caberia ao Juiz de Menores decidir-lhes o destino. A família, independente da situação econômica, tinha o dever de suprir adequadamente as necessidades básicas das crianças e jovens, de acordo com o modelo idealizado pelo Estado. Medidas assistenciais e preventivas foram previstas com o objetivo de minimizar a infância de rua (2011, p. 5).

O resultado foi que os interesses dos menores continuaram a não ser atendidos, não houve nesse período uma mudança no dia a dia do menor. O que prevaleceu, nesse período, foi a repressão com uma nova roupagem. A “Lei e a Medicina se aliaram na realização do tratamento correcional e institucional das crianças e

adolescentes pobres”, vindo logo em seguida a psicologia e o serviço social (LIMA, 2001, p.35).

As “práticas psicopedagógicas” levavam consigo um forte conteúdo moralista, elitista e de exclusão. Os institutos e estabelecimentos criados para os menores recebiam muitas críticas, assim em 1941, foi criado o SAM – Serviço de Assistência a Menores, “com a finalidade de prestar a proteção social aos menores institucionalizados” (CUSTÓDIO, 2009, p. 17).

Destaca Tânia Pereira, que “por seus métodos inadequados de atendimento e estrutura sem autonomia, o SAM ficou marcado como um sistema caracterizado pela repressão institucional.” (2008, p. 108).

Para realizar suas tarefas, atendendo à visão fortemente repressiva do modelo menorista, que supervalorizava a técnica da institucionalização dos menores abandonados e transviados, o SAM possuía uma rede de estabelecimentos públicos e privados: institutos, escolas, abrigos, patronatos e agrícolas. Com o passar do tempo, a maioria desses estabelecimentos acabou se transformando numa rede de depósitos de meninos e meninas abandonados, carentes e infratores, sem qualquer perspectiva mercadológica adequada à propalada ressocialização (LIMA, 2001, p.40).

Nesse mesmo sentido segue Amin (2011, p.6), afirmando que havia uma ruptura dos “vínculos familiares, substituídos por vínculos institucionais” e esclarece que o objetivo do SAM era “recuperar o menor”, e a “preocupação era correcional e não afetiva”.

No período constante entre 1945 e 1964, o Brasil passa por um período político contraditório. A Constituição Federal de 1946 fora criada com base no Estado de Direito, onde reformistas buscavam restaurar garantias e direitos fundamentais, inclusive para crianças e adolescentes extinguindo a política “menorista”. Porém havia do outro lado, os conservadores que lutavam para a manutenção e controle das classes populares pelo Estado. Esse embate fortaleceu os movimentos sociais no país, que queriam autonomia para promover e ampliar direitos para a população oprimida. No contexto mundial ocorria o confronto entre “Capitalismo” e “Comunismo”, que gerou a chamada Guerra Fria. O resultado disso foi o golpe militar de 64, que retomou a autoridade, abandonando o sonho da emancipação social e política dos marginalizados (LIMA, 2001, p.46-47).

Importante destacar que, nesse período, na economia, as ações do governo eram destinadas à modernização industrial do país. Com Kubitschek, o país teria crescimento econômico, onde os trabalhadores através da chamada “cidadania industrial”

alcançariam benefícios sociais. No entanto, todo esse projeto parece que foi um arranjo para que, as “elites oligárquico burguesa brasileiras” fossem fortalecidas com o capital estrangeiro (LIMA, 2001, p.47-48).

Durante esse período, convém destacar que, na área da Assistência à criança foram registrados alguns pontos positivos, reflexo também de debates realizados pela Comunidade internacional, como IX Congresso Panamericano da Criança (Caracas, 1948) e a Declaração Universal dos Direitos da Criança (ONU, 1959). Essa Declaração foi fundamental para que no Brasil as reivindicações da sociedade fossem ouvidas, mudando a concepção “menorista” para uma Assistência e Proteção à Infância. Com o Golpe Militar, toda a redemocratização foi esquecida em nome da Ordem da Segurança Nacional (LIMA, 2001, p. 49-52).

2.1.3 A política do bem-estar do menor

Para Custódio (2009, p. 17), o papel repressivo realizado pelo Estado era feito de forma elitista em grupos estigmatizados, portanto um “direito de ação estatal contra o menor”. Este mesmo Estado era incapaz de promover assistência social mínima. Em 1964, houve “a transposição desse modelo centrado no controle jurisdicional sobre a menoridade para o controle repressivo assistencial”, que resulta na Política Nacional do Bem-Estar (PNBEM) e na criação Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM). Subordinado à Presidência da República, autorizava ramificações nos Estados e Municípios chamadas de Febem – Fundações Estaduais de Bem-Estar do Menor.

O “menor” continua marginalizado e negligenciado diante de toda sociedade brasileira, alternativa como o trabalho do menor era mais uma derrota da nova política.

A partir do golpe militar de 64, o Brasil adota a Política Nacional do Bem-Estar do Menor, prevendo em suas diretrizes, a inserção dos menores no trabalho como alternativa de assistência social, transferindo as responsabilidades do Estado e ocultando a exploração de crianças e adolescentes no trabalho decorrente da limitada fiscalização e efetividade das legislações que estabeleciam os limites de idade mínima para o trabalho (CUSTÓDIO, VERONESE, 2007, p. 116).

O sistema PNBEM/ FUNABEM, apesar de conter a base da doutrina das Nações Unidas, de defesa e proteção da criança, continuava com a visão estigmatizada e fundamentada na Doutrina Jurídica da Situação Irregular, isto é, havia os “menores” e as “crianças e adolescentes”, como na década de 20. Também ocorriam problemas com a metodologia aplicada pela PNBEM, pois a FUNABEM não combateu as práticas correcionais e repressivas, apenas inovou (LIMA, 2001, p. 56 -57).

O governo Geisel (1974 – 1979) implantou o PLIMEC (Plano de Integração Menor-Comunidade) para viabilizar a PNBEM. Esse plano “consistia em programas de atendimento de criança e adolescentes que dele necessitassem, nas suas próprias comunidades de origem”. No entanto, somente poucos Estados, através de gestão democrática descentralizada, fugindo do padrão do Governo Central, atingiram resultados esperados. No final da década de 70, o Brasil ainda não tinha uma solução efetiva para o “problema do Menor” (LIMA, 2001, p. 70).

Sobre o controle centralizado do Governo, Amim aduz:

Na prática, era mais um instrumento de controle do regime político autoritário exercido pelos militares. Em nome da segurança nacional buscava-se reduzir ou anular ameaças ou pressões antagônicas de qualquer origem, mesmo se tratando de menores, elevados, naquele momento histórico, à categoria de “problema de segurança nacional” (2011, p.6).

Sendo a política do bem-estar do menor, alvo de críticas desde o final da década de 1970, surge o Código de Menores de 1979, que orienta a Doutrina Jurídica de Proteção ao Menor em Situação Irregular. O Código é fruto do trabalho da Comissão Nacional Ano Internacional da Criança, criada pelo Governo em 1978 (CUSTÓDIO, 2009, p.19).

2.1.4 Doutrina Jurídica do Menor em Situação Irregular

A Doutrina do Menor em Situação Irregular foi instituída com a Lei no. 6.697, de 10 de outubro de 1979, ficou conhecida como Código de Menores, segundo Pereira:

[...] abrangia os casos de abandono, a prática de infração penal, o desvio de conduta, a falta de assistência ou representação legal, enfim, a lei de menores era instrumento de controle social da infância e do adolescente, vítimas de omissões da Família, da sociedade e do Estado em seus direitos básicos (2008, p. 108).

Para Lima, a legalidade menorista possui duas fases: “uma anterior e outra posterior à aprovação do Código de menores de 79”. Os defensores da segunda fase destacam o artigo 1º, como uma mudança do sistema jurídico que passa agora a “tutelar” o Direito do Menor (LIMA, 2001, p. 71).

Art. 1º Este Código dispõe sobre assistência e vigilância a menores:
I – até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
II – entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.
Parágrafo único - As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

Custódio faz uma crítica à doutrina da situação irregular:

[...] a doutrina da situação irregular caracterizou-se pela imposição de um modelo que submetia a criança à condição de objeto, estigmatizando-a como em situação irregular, violando e restringindo seus direitos mais elementares, geralmente reduzindo-a à condição de incapaz, e onde vigorava uma prática não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas (2009, p. 22).

A proposta do Código de Menores de 1979 já nasceu “juridicamente e cientificamente superada”. Na Comunidade Internacional, desde a década de 40 era reconhecido que os menores necessitavam de uma legislação que positivasse seus direitos. Ao contrário, no Brasil, ainda possuía um sistema arbitrário que negava direitos fundamentais básicos às crianças e adolescentes. Durante sua vigência, mais uma vez, o país aplica técnicas ultrapassadas que tratava as vítimas como culpados (LIMA, 2001, p. 73-76).

O código de menores fazia com que a criança e o adolescente possuíssem um sentimento de culpa pela institucionalização, além dos sofrimentos físicos e psíquicos que ali passariam com a punição. Talvez a pior consequência disso tudo era a “assunção de personalidade estigmatizada de *infrator*” (RAMIDOFF, 2008, p. 23).

A doutrina da situação irregular não era uma doutrina que garantia direitos ao seu público, apenas agia sobre o menor, atacava a consequência sem se preocupar com a causa. Ficava impossível cobrar do Estado políticas positivas, como construção de escolas, de postos para atendimento pré-natal, isto é, para a concretização dos direitos fundamentais (AMIN, 2011, p. 14).

Foi diante desse quadro geral de uma legalidade que colidia diretamente com os parâmetros jurídicos, éticos e políticos do “Estado de Direito” tão cotejado

teoricamente pelas elites brasileiras que durante década de oitenta, ganhou força e visibilidade social o movimento em favor da Causa infanto-juvenil... entendemos que os anos 80 podem se considerados “a hora e vez da utopia”, ou a afirmação histórico-concreta da Era dos Direitos infanto-juvenis em nosso país (LIMA, 2001, p. 77).

Os movimentos sociais da década de 80 começam a ganhar força, para combater o Estado autoritário imposto até então. Com enfrentamento político, a doutrina da situação irregular já enfraquecida dá lugar à doutrina da proteção integral. “Estava traçada a oportunidade histórica para sepultar o menorismo no Brasil” (CUSTÓDIO, 2009, p. 25).

2.2 DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

2.2.1 Constituição Federal de 1988

Somente em 1988, com a Constituição Federal, é que o “menor”, expressão estigmatizada por todas as políticas públicas anteriores, transforma-se em “criança e adolescente”. Com essa mudança terminológica dos sujeitos de direito, muda também a Doutrina, para Doutrina Jurídica da Proteção Integral. Toda a consistência da base epistemológica da proteção integral, isto é, todo o conjunto de regras, conceitos, valores, sistema integrado e legitimidade, reconhecido cientificamente, elevou o fundamento teórico, podendo assim representar a Teoria da Proteção Integral (CUSTÓDIO, 2008, p. 27-28).

Contudo, nos idos da década de 80 surgem os primeiros movimentos sociais em defesa do reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes a partir da denúncia das situações degradantes vivenciadas pela maioria das crianças e adolescentes brasileiros. Este movimento aliado às lutas pela democratização do país provocará a criação do Movimento Criança-Constituinte que possibilitou a incorporação da doutrina da proteção integral das Nações Unidas na nova Constituição brasileira em 1988 (CUSTÓDIO, VERONESE, 2007, p.117).

Como visto, o país nesse período passa por um processo de redemocratização, onde os movimentos sociais ganham força e conquistam muitos direitos. Assim, ressalta Custódio:

Esse processo de transição contou com a colaboração indispensável dos movimentos sociais em defesa dos direitos da infância, que, juntamente com a

reflexão produzida em diversos campos do conhecimento, inclusive aqueles considerados jurídicos, proporcionou a cristalização do Direito da Criança e do Adolescente com uma perspectiva diferenciada, anunciando reflexos radicalmente transformadores na realidade concreta. Por isso, a teoria da proteção integral deixa de se constituir apenas como obra de juristas especializados ou como uma declaração de princípios propostos pela Organização das Nações Unidas, uma vez que incorporou na sua essência a rica contribuição da sociedade brasileira (2009, p. 25).

Além da sociedade brasileira, que redefiniu o sentido e o alcance da proteção jurídica ante o sistema do Direito da Criança e do Adolescente, existe um momento histórico propício para essas novas políticas:

[...] torna-se evidente que se trata de um momento no processo histórico de afirmação de um Direito especial, cujos destinatários diretos representam um segmento social inserido no movimento maior de afirmação e expansão dos Direitos Humanos na sociedade contemporânea (LIMA, 2001, p. 90).

Pode-se perceber que ocorreu uma mobilização intensa, nacionalmente e internacionalmente (UNICEF- Fundo das Nações Unidas para a Infância), pressionando o governo para essa mudança de doutrina. O resultado é a ruptura da situação irregular para a doutrina da proteção integral. A centralização do poder judiciário e o caráter filantrópico e assistencialista da Doutrina da Situação Irregular dão lugar a uma política pública, onde a criança e adolescente adquirem direitos subjetivos, surgindo a Doutrina da Proteção Integral (AMIN, 2011, p. 7- 9).

No caminho da ruptura, merece destaque a atuação do MNMMR – Movimento Nacional dos Meninos de Rua, resultado do 1º Encontro Nacional de Meninos e Meninas de Rua, realizado em 1984, cujo objetivo era discutir e sensibilizar a sociedade para a questão das crianças e adolescentes rotuladas como “menores abandonados” ou “meninos de rua” (AMIN, 2011, p.8).

Com a Doutrina da Proteção Integral as crianças e adolescentes “deixam de ser objetos de proteção assistencial e passam a titulares de direitos subjetivos”. Nesse novo modelo, a família, a sociedade e o Estado são os responsáveis por essa implementação do sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente. São eles que têm o “dever legal e concorrentes de assegurá-los” (AMIN, 2011, p. 11).

O fundamento doutrinário do Direito da Criança e do Adolescente é a Doutrina Sócio-Jurídica da Proteção Integral, da ONU. Esta Doutrina tem como tripé: a) o valor intrínseco da criança e do adolescente como pessoas humanas em desenvolvimento, b) o valor prospectivo da criança e do adolescente, o que os

torna portadores da continuidade do seu povo e da espécie humana, c) vulnerabilidade especial a que a criança e adolescentes em geral estão expostos na vida social. Do ponto de vista prático, “Proteção Integral” significa que devemos garantir em favor das crianças e adolescentes em geral pleno gozo do exercício dos Direitos Fundamentais comuns a toda pessoa humana, dos seus Direitos especiais, bem como o mais adequado atendimento às suas Necessidades Básicas, de modo que lhe sejam asseguradas, em todos os contextos e situações sociais, as melhores condições para seu desenvolvimento integral (físico, mental, moral, espiritual e social), em condições de liberdade e dignidade (LIMA, 2001, p. 79).

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 foi inspirado na Convenção Internacional de Direitos da Criança, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU). Com esse artigo, todas as demais leis incluindo o Código de Menores, tornam-se obsoletos (VERONESE, 2006, p. 51).

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2013-a).

Para efetivação desses direitos juntamente com uma transformação estrutural, definiu-se a responsabilidade solidária entre: família, sociedade e Estado. Coube ao Estatuto da Criança e Adolescente (Lei no. 8.069/90), a construção da doutrina da proteção integral, a criação de um sistema de garantias para efetivação dos direitos previstos na Constituição (AMIN, 2011, p. 15).

2.2.2 Estatuto da Criança e do Adolescente

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90) foi o responsável pela “construção sistêmica da doutrina da proteção integral”. Para que esses novos direitos sejam concretizados, criou-se um sistema de garantias, que deve ser exercido pelo Município através dos CMDCA – Conselho Municipal de Direito da Criança e do Adolescente, em companhia com a sociedade civil (AMIN, 2011, p. 9).

[...] a teoria da proteção integral ousou estender seu campo de atuação para articulação de estratégias de transformação, representadas pela construção do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente, e para uma inovadora rede institucional, que lhe dá sustentação e legitimidade política fundada em modo de organização em redes descentralizadas (CUSTÓDIO, 2009, p. 31).

A proteção integral à criança e ao adolescente faz surgir um novo Direito da Criança e do Adolescente, pensando conforme uma “propedêutica jurídica-protetiva transdisciplinar”, e para efetivação de seus direitos, as crianças e adolescentes “tem reconhecido seu status de sujeitos de direitos, garantindo o irrestrito, amplo e privilegiado acesso à Justiça” (CUSTÓDIO, 2009, p.30-31).

Henriques traça importante diferença existente entre o novo Estatuto e o antigo Código de Menores:

A principal diferença entre o novo Estatuto da Criança e do Adolescente e o antigo Código de Menores diz respeito à base da doutrina utilizada por um e outro. O Estatuto da Criança e do Adolescente assegura os direitos de todas as crianças e adolescentes, sem qualquer discriminação, considerando-os como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, enquanto o Código de Menores apresentava o ‘direito tutelar do menor’, objeto de medidas judiciais, era um instrumento de controle social, dirigido às vítimas de omissões e transgressões da família, sociedade e Estado (HENRIQUES, 2006, p.125).

O Estatuto da Criança e do Adolescente transpõe a dimensão deontológica (dever ser), concretizando através de atividades e atribuições um referencial existencial, “também, no mundo fenomenológico” (ser). É necessário para tanto, a efetivação jurídica acompanhada da efetivação social, e para isso há de se modificar a cultura existente, concretizando os direitos e garantias individuais e fundamentais, em especial a que se encontra no artigo 6º do estatuto, a condição peculiar da criança e adolescente como pessoas em desenvolvimento (RAMIDOFF, 2008, p. 36- 37).

Em suma, a Política Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente determina que os processos de criação e de aplicação do Direito funcionem como canais de construção de uma sociedade que deve incorporar, definitivamente, no seu cotidiano, correções e antídotos contra a cultura da repressão-compassiva que marcou de maneira contundente a legislação menorista e os programas de assistência e proteção aos menores até o advento, mais precisamente, até a regulamentação do art. 227, da Constituição Federal, através do Estatuto da Criança e do Adolescente (LIMA, 2001, p. 149).

O Estatuto da Criança e do Adolescente é fruto dos princípios que norteiam também a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. O legislador brasileiro seguiu o ditame das últimas décadas que enalteceu os Direitos Humanos. Além disso, na Constituição Federal o artigo 227, além de observar os direitos fundamentais, preocupou-

se com a efetivação dos mesmos, incluindo sanções penais e administrativas em casos de “ameaça ou violação de seus preceitos” (LIMA, 2001, p. 199-200).

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como maior objetivo a busca pela efetivação dos direitos das crianças e adolescentes, e principalmente para tratar como iguais, acabando com a discriminação do Código de Menores. A principal tarefa é a articulação do Estado e da sociedade. Para isso criou Conselhos de Direitos, Conselhos Tutelares e Fundos geridos por esses conselhos. Outra decisão importante foi a descentralização das políticas para o público alvo, criando os conselhos estaduais e municipais. Também garantiu a prioridade absoluta à criança às políticas sociais, criou uma política especial para o atendimento, medidas de proteção e um acesso à justiça bem diferente das políticas anteriores. Após a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente felizmente serve como um divisor de águas em defesa à criança e ao adolescente como sujeitos de direito, mas que necessitam ser efetivados (VERONESE, 2006, p. 53-54).

2.3 PRINCÍPIOS DO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Primeiramente antes de dissertar sobre os princípios do direito da criança e do adolescente, importante citar Robert Alexy, e um dos pontos chaves da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, que conceitua norma de direito fundamental, regras e princípios, “porque ambos dizem o que deve ser”. Um dos pontos mais importantes para esta monografia é quando Alexy coloca os princípios como “razões de juízos concretos de dever-ser”, tal como a regra, no entanto destaca que há uma grande diferença entre os dois (2008, p. 87).

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são por conseguinte, mandamento de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados.

[...] Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas...Isto significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p.90-91).

Essa definição é importante, pois, no decorrer deste trabalho, percebe-se que há colisão entre os princípios do direito da criança e do adolescente, com o princípio constitucional da liberdade de expressão, que se abordará no terceiro capítulo.

Assim, a resolução desse conflito deve ser resolvida de forma diferente do conflito de regras. No conflito de regras, a solução muitas vezes é feita pela introdução de uma cláusula de exceção. Caso não seja possível por esse meio, “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico” (ALEXY, 2008, p.92).

Já na colisão entre princípios, a solução é completamente diferente, em determinado caso concreto pode ocorrer de um princípio ter que ceder o lugar para o outro, mas mesmo assim não ser declarado inválido. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições” (ALEXY, 2008, p. 93).

Muitas vezes nos questionamos o porquê da discussão de tantos princípios, para uma ação concreta como a que este trabalho aborda (proibir ou não a propaganda para crianças e adolescentes). Lima foi esclarecedor nesse sentido, como segue:

[...] embora consideremos o Direito da Criança e do Adolescente, como qualquer outro ordenamento jurídico, um sistema de princípios, regras e valores, nossa preocupação fundamental neste momento é destacar o significado e o papel dos princípios jurídicos na estruturação e no funcionamento deste novo Direito especial, integrante do Sistema geral do Direito Brasileiro. (LIMA, 2001, p. 110).

Citando Pereira, “princípios ordenam algo que deve ser cumprido em sua maior medida possível, consideradas as condições jurídicas e fáticas”. O princípio do melhor interesse da criança consolidou-se no sistema jurídico brasileiro os direitos e garantias dos princípios dos Tratados Internacionais (2008, p. 39-40).

O ordenamento jurídico brasileiro é composto de regras e princípios. O Estatuto da Criança e do Adolescente bem como a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, compõem o principal conjunto de normas que regem o Direito da Criança e do Adolescente. No entanto, André Lima destaca que, do ponto de vista jurídico-formal do Direito da Criança e do Adolescente como direito fundamental, está ancorado em duas fontes normativas: a) ordem jurídica interna, representada pelas regras e princípios da CF/88 (artigos 227 e 228), Convenção Internacional Sobre os

Direitos da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90); b) ordem jurídica internacional (todas as Declarações, Tratados, Convenções, Pactos, ratificados pelo Brasil) (2001, p. 144-145).

A partir desses marcos teóricos-doutrinários e teóricos-dogmáticos, e trabalhando com uma visão crítica da teoria de sistemas sociais, concebendo o Direito da Criança e Adolescente como um sistema aberto, ordenável e “hetero-poyético” de princípios, regras e valores que propicia a observância e a permanente constituição de direitos fundamentais (LIMA, 2001, p. 144).

Os princípios jurídicos exercem um papel fundamental na concretização do Direito da Criança e do Adolescente. É importante identificar e conhecer a função de cada princípio e o papel que eles exercem no interior do sistema jurídico. É indispensável este estudo, pois o Direito da Criança e do Adolescente foi “concebido como um sistema jurídico aberto e ordenado, de princípios, regras e valores, tendente à efetivação da cidadania infanto-juvenil, no contexto do Estado Democrático de Direito” (LIMA, 2001, p.110).

Para Amim, são três os princípios gerais que orientam o Estatuto da Criança e Adolescente: a) princípio da prioridade absoluta; b) princípio do melhor interesse; c) princípio da municipalização (2011, p. 21).

André Lima chega a um quadro geral de princípios bastante complexo, dos quais se destaca para este estudo o da prioridade absoluta (princípio concretizante), e o princípio do interesse superior da criança e do adolescente, a qual se denominou neste trabalho de princípio do melhor interesse (princípio estruturante) (2001, p.164).

2.3.1 Princípio do Melhor Interesse

A origem histórica do Princípio do Melhor Interesse advém do instituto *parens patriae*, onde o Rei e a Coroa Inglesa tinham como prerrogativa a proteção daqueles que necessitavam de auxílio. O Estado possuía essa autoridade, “outorgava para si a guarda dos indivíduos juridicamente limitados – menores e loucos” (AMIM, 2011, p. 33).

No início do século XVIII, os ingleses diferenciam a proteção dada às crianças da proteção concedida aos loucos, sendo que, em 1836, esse princípio torna-se efetivo no direito anglo-saxônico. (PEREIRA, 2008, p. 42-43).

Na Declaração de Genebra de 1924 foi declarada a “*necessidade de proclamar à criança uma proteção especial*”. Coube, em 1959, a Declaração dos Direitos da Criança, reconhecer a importância do princípio *best interest*, sendo que no Brasil já estava presente no artigo 5º do Código de Menores, limitando-se as crianças e adolescentes em situação irregular (AMIM, 2011, p. 33).

Coube à Convenção Internacional dos Direitos da Criança aprovada, por unanimidade, na sessão de 20 de novembro da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, à época em que se comemorava os 30 anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, a promulgação deste princípio como regra a ser imposta aos países ratificantes (PEREIRA, 2008, p. 45).

Ratificada pelo Brasil em 1990, e com a adoção da doutrina da proteção integral o princípio do melhor interesse ganha uma maior dimensão em sua aplicação. O princípio “melhor interesse da criança” deve ser compreendido em seu conteúdo qualitativo, e assim servir como princípio orientador para o legislador e aplicador do direito da criança e do adolescente. Infelizmente ainda não foi abandonada a prática paternalista e assistencialista, e a falta de clareza, principalmente na prática dos atos infracionais, pode gerar abusos por parte dos aplicadores, sendo o resultado diverso do almejado (PEREIRA, 2008, p. 47-48).

Do ponto de vista prático, a operacionalização do princípio do “interesse superior” constitui valioso instrumento metodológico para o estabelecimento de padrões objetivos de ordenação, avaliação e aprimoramento do Sistema de Direitos Fundamentais que são objeto central da Convenção e do Direito da Criança e do Adolescente. Através de sua correta interpretação e aplicação podem comprometer as políticas públicas, a prática administrativa, legislativa e judicial e a ação dos indivíduos na vida privada, com a prioridade ou primazia absoluta, pode-se assegurar a integralidade, a máxima operatividade e a mínima restrição dos Direitos que constituem sua razão social e jurídica de ser (*ratio essendi*). Por fim, podem-se fixar parâmetros teóricos adequados ao desenvolvimento de uma práxis social, jurídica e política comprometida com uma Política de Direitos, como base estruturada e determinada a funcionar a partir e através do contínuo aperfeiçoamento da vida democrática (LIMA, 2011, p. 213).

Amim alerta para que o princípio não seja utilizado como um “salvo-conduto” para aqueles que ignoram a lei, mas que deve ser “o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude” (2011, p. 35).

2.3.2 Princípio da Prioridade Absoluta

Segundo Pereira:

A proteção, como prioridade absoluta, não é mais uma obrigação exclusiva da família e do Estado: é um dever social. As crianças e os adolescentes devem ser resguardados e defendidos por serem pessoas em condição peculiar de desenvolvimento” (PEREIRA, 2008, p. 760).

Tanto a Constituição Federal (artigo 227, já citado anteriormente), que garante o direito fundamental, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), estabelecem “parâmetros hermenêuticos mínimos para a interpretação e a aplicação da lei nos casos concretos”, asseguram a expressão “Prioridade Absoluta” (LIMA, 2001, p. 224).

Art. 4º (ECA). É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 2013-b).

Sobre o artigo 4º, do Estatuto da Criança e Adolescente, Lima traz uma observação que necessita de destaque:

O conteúdo do parágrafo único do art. 4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente não é exaustivo. Em razão disso, referida norma legal não esgota todas as situações em que o Princípio da Prioridade Absoluta deverá ser observado (2001, p. 225).

Além do artigo 227, CF/88 e do artigo 4º, ECA, encontra-se fundamento para esse princípio também no artigo 100, II, da Lei 8.069/90:

Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas:

[...]

II - proteção integral e prioritária: a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida nesta Lei deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares (BRASIL, 2013-b);

Esse princípio estabelece a prioridade da criança e do adolescente em todas as esferas, seja “judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar”. Mesmo em relação ao idoso, pois a prioridade desde decorre de norma infraconstitucional (AMIN, 2011, p. 22).

Assim, se o administrador precisar decidir entre a construção de uma creche e um abrigo para idosos, pois ambos necessários, obrigatoriamente terá de optar pela primeira. Isso porque o princípio da prioridade para os idosos é infraconstitucional, pois estabelecido no artigo 3º da Lei nº 10.741/03, enquanto a prioridade em favor da criança é constitucionalmente assegurada, integrante da doutrina da proteção integral (AMIN, 2011, p. 22).

Também deve ser extraído do artigo 227, da CF/88, que a prioridade da criança e do adolescente é assegurada tanto pela família, pelo Poder Público e também pela sociedade em geral (incluindo a comunidade que são as pessoas mais próximas das crianças e adolescentes). Lima concorda com a posição de Dallari, que a “comunidade é um conceito que indica de forma mais precisa o ambiente social com o qual a criança e o adolescente têm a convivência direta, imediata”. Alerta que ali é que irão aparecer os resultados com a efetivação dos direitos, isto é, toda a comunidade será beneficiada. Para a família, além de impor um dever legal, “impõe-se um dever moral universalmente conhecido”. Para o Estado (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) impõe-se um “dever de agir”, para o bem de toda a sociedade brasileira, não se esquecendo da prioridade da criança e do adolescente na “efetivação de seus Direitos Fundamentais e pelo atendimento prioritário das necessidades básicas”. Para a sociedade cabe o “dever ético e social universal”, positivado pelo Direito Natural (2001, p.217-223).

Por fim, importante registrar que o Princípio da Prioridade Absoluta “além de ser uma construção filosófica que confere sentido garantista a esse novo Direito, é um comando da Constituição Federal” (LIMA, 2001, p. 232).

Mesmo com a clareza desse novo Direito, ainda hoje pode-se observar que a reorganização social em prol da criança e adolescente carece ainda de efetividade. Não há como negar que já se evoluiu bastante, mas ainda há muito o que se fazer.

3 SOCIEDADE DE CONSUMIDORES E A PUBLICIDADE

Neste capítulo estudar-se-á a sociedade de consumidores bem como a publicidade, pela importância que ela exerce na construção e manutenção desse tipo de sociedade.

3.1 SOCIEDADE DE CONSUMIDORES

Muitos são os termos utilizados que buscam analisar e entender a sociedade contemporânea: “pós-moderno”, “condição pós-moderna”, “modernidade líquida”, “pós-modernismo”, “sociedade do espetáculo”, “sociedade de consumo”, “sociedade de consumidores”, conforme trata Momo (2007, p. 42-46).

Claro que além de diferenças de expressões existem também diferenças conceituais e filosóficas, no entanto o que parece ser de comum acordo entre vários autores, é a tentativa de entender a sociedade contemporânea e dentro dessa perspectiva entender o quanto o consumo influencia sua construção.

A princípio seria utilizada a expressão sociedade de consumo, mas no decorrer do segundo capítulo, ao estudar mais profundamente Bauman (2008. P. 41), ficou claro que o termo que mais se adaptaria a este trabalho é sociedade de consumidores (que será utilizada como sinônimo de sociedade de consumo neste trabalho). O autor traz uma diferenciação entre consumo e consumismo.

O consumo é algo inerente a todo ser humano, pois é necessário para sua própria sobrevivência, “é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos”. Já o “consumismo é um atributo da sociedade” (BAUMAN, 2008, p. 41).

Nesta nova economia, a consumista, quanto mais rápido o dinheiro muda de mãos, mais as mercadorias encontram-se em alta. Os produtos de consumo cada vez mais se aproximam do lixo, é a economia do excesso e do desperdício. A busca da felicidade é mera “isca nas campanhas de marketing” (BAUMAN, 2008, p. 51-53).

Henriques traça um perfil entre consumo, cidadania e direitos fundamentais que, no mínimo pede uma profunda reflexão: “a cidadania e a garantia de acesso aos

direitos fundamentais, foram, aos poucos, sendo traduzidas em acesso a bens de consumo e mesmo em prática consumista” (2011, p. 48).

3.1.1 Da sociedade de produtores à sociedade de consumidores

Na sociedade de produtores a possibilidade de “apropriação e a posse de bens” era extremamente importante para a segurança e a estabilidade que essa sociedade buscava. Esse “modelo societário” foi o modelo principal da “fase sólida da modernidade” (BAUMAN, 2008, p. 41-42).

Na sociedade de produtores o mais era mais, quanto maior melhor, “o tamanho é poder”. Havia uma necessidade de organização, de regularidade, de confiança, de duradouro, assim surgindo “estratégias burocráticas e panópticas de dominação”. O indivíduo deveria ser disciplinado, o comportamento deveria ser padrão, a rotina deveria ser seguida, sem questionamentos. A satisfação maior dos indivíduos era “a promessa de segurança a longo prazo, não no desfrute imediato de prazeres” (BAUMAN, 2008, p.42-43).

Para estancar as motivações individuais, a sociedade de produtores desvalorizava o “agora” e valorizava a “gratificação postergada”. Também pregava o sacrifício individual para poder se alcançar no futuro “uma vida melhor para todos” (BAUMAN, 2011, p. 154).

Numa sociedade de produtores, o longo prazo ganha prioridade sobre o curto prazo, e as necessidades de todos suplantam as necessidades de suas partes – assim, as alegrias e satisfações derivadas de valores “eternos” e “supraindividuais” são consideradas superiores aos efêmeros arrebatamentos individuais; e a felicidade de um maior número de pessoas é posta acima dos problemas de um número menor (BAUMAN, 2011, p. 154).

Se na sociedade produtora, o princípio ético para Max Weber é a “postergação do prazer”, já na sociedade de consumidores, o princípio ético da vida consumidora é a “falácia da satisfação” (BAUMAN, 2011, p. 152).

Bauman aponta que, no final da década de 1920, “num estágio embrionário”, inicia-se a passagem da sociedade de produtores para a sociedade de consumidores. O

autor, citando o pensador alemão Jurgen Habermas, apresenta que a principal função do Estado capitalista é a “comodificação do capital e do trabalho” (BAUMAN, 2008, p. 13-14):

Ele apontou que, se a reprodução da sociedade capitalista é obtida mediante encontros transnacionais interminavelmente repetidos entre o capital no papel de comprador e o trabalho no de mercadoria, então o Estado capitalista deve cuidar para que esses encontros ocorram com regularidade e atinjam seus propósitos, ou seja, culminem transações de compra e venda. (BAUMAN, 2008, p.14).

Na primeira fase do capitalismo o operário deveria receber somente para suprir suas necessidades básicas, para continuar produzindo. A partir do momento em que se inicia o excedente de mercadorias, onde há um aumento significativo na produção, a classe dominante precisa de “colaboradores” para consumir o excesso, disfarçado agora de “consumidor” (DEBORD, 1997, p. 31).

O sistema precisa de homens como trabalhadores (trabalho assalariado), como economizadores (impostos, empréstimos, etc.) e, cada vez mais, *como consumidores...* Torna-se, portanto, possível predizer dias felizes e um apogeu futuro para o sistema de valores individualistas – cujo centro de gravidade se desloca do empresário e do economizador individual, figuras de proa do capitalismo concorrencial, para o consumidor individual, estendendo-se ao mesmo tempo à totalidade dos indivíduos – na própria medida da extensão das estruturas tecnoburocráticas (BAUDRILLARD, 2011, p. 99).

Para as sociedades transformarem-se de produtoras para consumidoras, “as tarefas envolvidas na comodificação e recomodificação do capital e do trabalho passaram por processos simultâneos de desregulamentação e privatização contínuas”, e na maioria dos Estados que desempenham essa tarefa, amarga com déficits de poder e recursos, resultantes da acirrada competição gerada pela globalização e também por déficits gerados pelo “Estado de bem-estar social” (BAUMAN, 2008, p. 15).

A recomodificação do trabalho, no entanto, está sendo deixada de lado pelo Estado que transfere aos próprios indivíduos “a usarem seus próprios recursos e bom senso para permanecerem no mercado”. A tendência da economia norte-americana e também da Europa, é a preferência de empregados “flutuantes”, “descomprometidos”, “generalistas”, para que os empregadores possam descartá-los facilmente. Assim essa tarefa realmente não se adapta “a pesada burocracia governamental” e transferi-la para o mercado através da “desregulamentação” e da “privatização” é a solução (BAUMAN, 2008, p.15-18).

Hoje o poder soberano encontra-se nas mãos do mercado de bens de consumo. A “liberdade de escolha” pode ser traduzida como um dever de escolha. E quem não estiver apto a ser consumidor será desclassificado e ignorado. Os pobres (pessoas que não têm poder de compra, que não possuem cartão de crédito) são “consumidores falhos”, por consequência, “desnecessários e indesejados”. Assim, devem ficar longe das vistas da sociedade, melhor ainda é trancafiá-los em prisões, em lugares onde não perturbem e não coloquem em perigo a atual sociedade (BAUMAN, 2008, p. 159-162).

Nesse mesmo sentido, Baudrillard aponta como prova de que o objetivo maior do consumo não é o seu gozo, nem a satisfação de um desejo e muito menos um direito, pelo contrário, é um “dever do cidadão”. “O consumidor e o cidadão moderno não têm que se esquivar da coação da felicidade e do prazer, que na nova ética constitui o equivalente da obrigação tradicional de trabalho e produção” (2011, p. 94).

Essa incapacidade para o consumo dos que desejam e não podem consumir, resulta em um aumento da criminalidade, produto da sociedade de consumidores. As promoções e tentações das novidades lançadas no mercado atingem não somente quem pode adquirir, mas também chegam aos ouvidos daqueles que não podem consumir (BAUMAN, 2008, p. 164-165).

3.1.2 A transformação do indivíduo em mercadoria e refém do sistema produtivo

A comodificação e recomodificação do consumidor têm como objetivo tornar os indivíduos em mercadorias a serem consumidas, é isso na verdade, que define a sociedade de consumidores. Cada membro precisa ser altamente vendável e essa tarefa é difícil e assusta as pessoas. Esse medo é utilizado pelas empresas para que essas pessoas se aliem aos produtos para combatê-lo. Quantas vezes troca-se de roupa várias vezes até sentir-se confiante para ir em certos lugares. Meninas de 16 e 17 anos precisam expor seus “corpos sexy”, pois a sociedade exige isso delas. “Homens e mulheres devem atender às condições de elegibilidade definidas pelos padrões do mercado” (BAUMAN, 2008, p.76-8).

Em uma sociedade de consumidores “ninguém pode se tornar sujeito sem primeiro virar mercadoria”. A característica mais marcante dessa sociedade é “a transformação dos consumidores em mercadorias” (BAUMAN, 2008, p. 20).

A sociedade de consumidores “é uma sociedade patológica, que reflete uma modernidade agressiva, estritamente voltada ao mundo das mercadorias” (BITTAR, 2010, p. 28).

Outra grande prova de que o indivíduo é que se torna mercadoria, pode ser retirado da obra de Baudrillard, quando ele afirma que a “lógica social do consumo” é a “lógica da produção e manipulação dos significantes sociais”, e mais:

É o seguinte o princípio da análise: nunca se consome o objecto em si (no seu valor de uso) – os objectos (no sentido lato) manipulam-se sempre como signos que distinguem o indivíduo, quer filiando-o no próprio grupo tomado como referência ideal quer demarcando-o do respectivo grupo por referência a um grupo de estatuto superior (BAUDRILLARD, 2011, p. 66).

O consumidor torna-se refém do sistema produtivo, é a “ditadura total da ordem de produção”:

Na perspectiva inversa, torna-se claro que todo o aparelho económico e psico-sociológico de estudos de mercado e de motivações, etc., por cujo intermédio se pretende fazer reinar no mercado a procura real e as necessidades profundas do consumidor, existe apenas o fito de induzir tal procura para saída dos produtos, mascarando, porém, o processo objetivo com a encenação do processo inverso. O homem não se tornou objecto de ciência para o homem senão a partir do momento em que os automóveis se tornaram mais difíceis de vender que fabricar (BAUDRILLARD, 2011, p. 82).

A produção determina a necessidade, e as pessoas devem consumir necessidades para serem aceitas em suas classes. É o que Baudrillard chama de “*feira das necessidades*”. Isso significa que as necessidades e satisfações selecionam a sociedade. “Tanto é assim que as necessidades das classes médias e inferiores são sempre, como os objectos, passíveis de atraso e deslocamento no tempo e no plano cultural, em relação às classes superiores” (2011, p. 69).

3.1.3 Satisfação e felicidade, aqui e agora

Em toda sociedade, o segredo para que o sistema social perdure é fazer as pessoas “desejarem fazer o que o sistema precisa que elas façam para que ele possa

reproduzir”. Há várias maneiras de isso ocorrer: pelo apoio popular em favor do todo, como no Estado (como na modernidade, na sociedade de produtores), ou então, de maneira imposta ostensivamente ou dissimulada:

E também por meio de modelos de resolução de problemas que, uma vez observados (pois observados eles devem ser, graças ao retrocesso ou desaparecimento de escolhas alternativas e das habilidades necessárias para pô-las em prática), sustentam o sistema – como acontece na fase líquida, na sociedade dos consumidores (BAUMAN, 2011, p. 154).

A sociedade atual é uma sociedade de consumidores onde se consomem não só produtos, mas estilos de vida e valores. “Os consumidores são primeiro e acima de tudo acumuladores de sensações; são colecionadores de coisas apenas num sentido secundário e derivativo” (BAUMAN, 1999, p. 91).

O consumismo exacerbado, “atua para manter a contrapartida emocional do trabalho e da família” é um ciclo que se repete. Os trabalhadores são “bombardeados” por três horas diárias com publicidades que impõem certas necessidades que precisam ser satisfeitas e que custam dinheiro. Para ter mais dinheiro é necessário que se trabalhe mais, e assim as pessoas ficam cada vez mais ausentes de suas casas. Essa ausência é recompensada através de presentes, que também precisam de dinheiro para serem adquiridos, assim “materializam o amor” (BAUMAN, 2008, p. 163).

Numa sociedade de consumidores e na era de políticas de vida que substituem a Política com *p* maiúsculo, o ciclo econômico mais verdadeiro, o único que mantém de fato a economia de pé, é o ciclo de “compre, use e jogue fora” (BAUMAN, 2011, p. 152).

A necessidade deve ser transformada em “compulsão ou vício”, para resolver seus problemas. Para o alívio de suas dores, as pessoas deverão por hábito procurar apenas as lojas (BAUMAN, 2011, p. 174).

Bauman destaca:

O consumidor em uma sociedade de consumo é uma criatura acentuadamente diferente dos consumidores de quaisquer outras sociedades até aqui. Se os nossos ancestrais filosóficos, poetas e pregadores morais refletiram se o homem trabalha para viver ou vive para trabalhar, o dilema sobre o qual mais se cogita hoje em dia é se é necessário consumir para viver ou se o homem vive para poder consumir (1999, p. 88-89).

Para Debord, essa “pseudonecessidade” é criada para manter a nova sociedade, o excesso de mercadoria gerado precisa ser consumido, “a mercadoria abundante aí está como a ruptura absoluta do desenvolvimento orgânico das necessidades sociais”. O desejo criado é um desejo “*artificial limitado*” onde “a força cumulativa de um artificial independente provoca por toda parte a *falsificação da vida social*” (1997, p. 45-46).

Para Baudrillard, não se trata de satisfação de necessidades, mas de um sistema de necessidades, criadas pelo sistema produtivista. Esse sistema de necessidades é previamente definido. “Há necessidade de *tal ou tal* objecto e a psique do consumidor reduz-se a simples vitrina ou catálogo”. Para esse mesmo autor “tudo se explica se se admitir que as necessidades e o consumo constituem de facto uma extensão organizada das forças produtivas” (2011, p.85-88).

Na sociedade de consumidores “a vida de consumo é uma vida de aprendizado rápido” e de esquecimento imediato. A vida de consumo não é somente “adquirir e possuir”, e sim “estar em movimento”. A grande meta da sociedade atual não é nada mais que uma falácia, pois a promessa de “satisfação do cliente” não deve jamais ser atendida, pois “o consumidor satisfeito seria uma catástrofe tão grave e horripilante para ele próprio quanto para a economia de consumo” (BAUMAN, 2011, p. 151-153).

Além de ser uma economia de excesso e descarte, o consumismo, pela mesma razão, é uma economia de decepção. Assim como o excesso e o descarte, a decepção não sinaliza um mau funcionamento. Pelo contrário, é sintoma de boa saúde e sinal de que essa economia está no caminho certo; é uma marca distintiva do único regime sob o qual a sociedade de consumidores pode estar segura de sua sobrevivência (BAUMAN, 2011, p. 175).

Essa insatisfação é proposital para aumentar o consumo. Os consumidores nunca podem estar satisfeitos; por isso, serão ofertados e colocados à frente de novas tentações, a sempre algo novo que precisa ser consumido. (BAUMAN, 1999, p. 91).

Na imagem da feliz unificação da sociedade pelo consumo, a divisão real fica apenas suspensa até a próxima não-realização no consumível. Cada produto específico, que deve representar a esperança de um atalho fulgurante para enfim aceder à terra prometida do consumo total, é apresentado cerimoniosamente como a singularidade decisiva. [...] O caráter prestigioso desse produto decorre apenas do fato de ele ter sido colocado por um momento no centro da vida social, como o mistério revelado da finalidade da produção. O objeto que era prestigioso no espetáculo torna-se vulgar na hora em que entra na casa desse consumidor,

ao mesmo tempo que na casa de todos os outros. Revela tarde demais sua pobreza essencial, que lhe vem naturalmente da miséria de sua produção. Mas já aparece um outro objeto que traz justificativa do sistema e a exigência de ser reconhecida (DEBORD, 1997, p. 46).

A insatisfação é contrária à promessa de felicidade proposta pela sociedade de consumidores, gerando um paradoxo, que geralmente acaba na cadeira dos psiquiatras. Essa obrigação de ser feliz faz com que as pessoas não possam se decepcionar, não possam se frustrar. E se estiver infeliz, tome um *prozac*, pois é proibido estar infeliz. Pode-se observar pelas redes sociais o tamanho esforço que as pessoas fazem para demonstrar sua felicidade, pois a felicidade na atual sociedade é sinônimo de sucesso.

O valor mais característico da sociedade de consumidores na verdade seu valor supremo, em relação ao qual todos os outros são instados a justificar seu mérito, é uma vida feliz. A sociedade de consumidores talvez seja a única na história humana a prometer felicidade na *vida terrena, aqui e agora* e a cada “agora” sucessivo (BAUMAN, 2008, p. 60).

Nasce uma sociedade imediatista sempre ansiosa para consumir o mais novo produto do mercado, em busca de algo que nunca encontram através do consumo, pois assim que adquirem o “mais novo” produto do mercado já se encontram insatisfeitos novamente.

Além de ser um excesso e um desperdício econômico, o consumismo também é, por essa razão, uma *economia do engano*. Ele aposta na *irracionalidade* dos consumidores, e não em suas estimativas sóbrias e bem informadas; estimula emoções consumistas e não cultiva a *razão* (BAUMAN, 2008, p. 65)(grifo no original).

Nessa sociedade de consumidores, o papel do *marketing* é sempre incutir insatisfação, e uma das patologias da atual sociedade “é a sensação da aceleração do tempo, que é a aceleração da demanda por produtos e, ao mesmo tempo, um deslocamento da essência da personalidade para a posse de bens de consumo, sempre renováveis” (BITTAR, 2010, p. 29).

Para conseguir gerar insatisfações, o *marketing* utiliza-se de várias técnicas e uma das suas mais eficientes técnicas chama-se publicidade, da qual se iniciará o estudo no próximo item.

3.2 PUBLICIDADE

Na atual sociedade, com a massificação das informações pelos meios de comunicação, em especial o televisivo a partir da década de 40, a publicidade, além de informar, adquire um novo formato, o da persuasão, do convencimento do consumidor, principalmente pelos “recursos especiais e do enaltecimento dos benefícios e vantagens de produtos e serviços anunciados”. Assim, pela importância da publicidade, segue extensa pesquisa acerca do tema (DIAS, 2010, p. 27).

3.2.1 Conceito e diferenciação de publicidade e propaganda

Importante primeiramente fazer a diferenciação entre publicidade e propaganda, já que muitos utilizam essas palavras como sendo sinônimas. Há entre elas uma diferenciação técnica, sendo que a publicidade “tem sempre um objetivo comercial” e a propaganda “tem objetivo diverso” (GUIMARÃES, 2007, p. 97).

Henriques também alerta que publicidade e propaganda são coisas distintas, sendo que propaganda não tem sempre natureza comercial. É vista como “uma técnica que visa difundir por meio da propagação de princípios e teorias, sistema ideológico de conteúdo social, político, ético, moral, econômico ou religioso, sem caráter comercial” (2006, p. 37).

A diferença entre *propaganda* e *publicidade* está, portanto, na finalidade de cada uma. A propaganda, historicamente, não almeja um benefício econômico, mas fundamentalmente a difusão de idéias. Ela visa promover a adesão a certo sistema ideológico (político, social, religioso, econômico, governamental). A publicidade, por seu turno, é a forma clássica de tornar conhecido um produto, um serviço ou uma empresa com o objetivo de despertar o interesse pela coisa anunciada, criar prestígio ao nome ou à marca do anunciante ou, ainda, difundir certo estilo de vida (DIAS, 2010, p. 23)(grifo no original).

O termo propaganda é proveniente do latim *propagare*, que significa difundir, propagar. Assim, da origem da palavra torna-se possível extrair o conceito de propaganda, consistindo essa em toda atividade que vise a difundir idéias (SPERANZA, 2013, p. 38).

A propaganda surgiu na Igreja Católica, mais precisamente por volta de 1630, para “difundir a fé cristã pelo mundo”. Havia um departamento especializado que realizava

a “Congregação para a propagação da fé”, que logo se tornou um sucesso. Devido ao êxito obtido com a propaganda na Igreja Católica, a mesma foi utilizada na Primeira Guerra Mundial a pedido do presidente dos Estados Unidos e idealizada pelo jornalista Walter Lippman e o psicólogo Edward Bernays, onde se iniciou o seu estudo pela primeira vez como uma ciência (SPERANZA, 2013, p. 36).

Depois do referido episódio na Primeira Grande Guerra, a propaganda novamente foi utilizada, amplamente, ressalte-se, na Segunda Grande Guerra, tanto pelo partido nazista de Hitler quanto pelas forças Aliadas (SPERANZA, 2013, p. 36).

A propaganda de Hitler foi identificada como enganosa e serviu para identificar o “poder e a influência que tal técnica pode exercer sobre o seu interlocutor” (SPERANZA, 2013, p. 37).

Já a publicidade é praticada desde a Roma antiga; no entanto, sua técnica iniciou o desenvolvimento a partir da revolução industrial e comercial. As cidades ficaram cada vez maiores, impossibilitando o contato direto entre as pessoas, e a publicidade passou a ter o papel de informar os consumidores sobre os produtos e serviços ofertados. Com o surgimento da sociedade de massa, com a crescente concorrência, a publicidade passa a desempenhar um novo papel, de incutir nos consumidores a “necessidade de aquisição desses bens e serviços” (GUIMARÃES, 2007, p.95-96).

No Brasil, a propaganda e a publicidade chegaram com a Família Real. Com a Independência do Brasil, a publicidade gira em torno dos escravos que eram negociados como “mercadorias”. Com a Abolição da Escravidão o modelo europeu tomou conta da vida dos brasileiros e a publicidade volta-se aos produtos importados, ensinando como deveria formar-se o padrão de vida moderno (SPERANZA, 2013, p. 38).

Lessa define publicidade como “divulgar”, “levar ao público”, “propagar e difundir” (2011, p. 20).

Para Henriques publicidade “é a mais importante expressão de *marketing*” e conceitua como:

[...] uma forma de oferta, e portanto, de prática comercial, que se vale dos meios de comunicação social de massa para difundir os benefícios e vantagens de determinado produto ou serviço, cujo consumo se pretende incentivar, perante público consumidor potencial ou efetivo (2006, p.36-37).

Não se deve, no entanto, confundir a publicidade com o *marketing*, pois a publicidade é apenas uma das várias ferramentas de *marketing* que se tem à disposição. Importante salientar que o Código de Defesa do Consumidor deu especial atenção a esta técnica de *marketing* pela sua importância, e também para proteger o consumidor das práticas enganosas ou abusivas. A promoção de vendas, que não deve ser confundida com a publicidade, também é um “recurso mercadológico” amplamente utilizado, e tem como objetivo “agilizar e ampliar as vendas”, como exemplo seriam as ofertas e descontos (DIAS, 2010, p. 24-25).

Santos enumera as atividades que fazem parte do “composto promocional de *marketing*”, quais sejam: “a venda pessoal, a publicidade, a promoção de vendas, o *merchandising* e as relações públicas”. Ressalta que a mais importante é a publicidade, tanto que foi a única que recebeu atenção no Código de Defesa do Consumidor. Alerta que, no entanto, a publicidade não possui um conceito legal, e aduz que “na ausência de um conceito legal, deve-se buscar o conceito metajurídico e judicializá-lo”. O autor adapta o conceito de publicidade ao Direito e conceitua a publicidade como “o conjunto de meios destinados a informar ao público e convencê-lo a adquirir produto ou serviço” (2000, p.197-200).

A Constituição Federal não faz distinção entre os termos publicidade e propaganda. “Assim, por exemplo, ela fala em “propaganda” (art. 220, § 3º, II), “propaganda comercial” (art. 22, XXIX, e § 4º do art. 220 da CF/88), “publicidade dos atos processuais” (art. 5º, LX), “publicidade” (art. 37, caput e § 1º)” (NUNES, 2013, p.510).

Dias também aponta o equívoco existente na legislação brasileira no que tange à distinção conceitual entre publicidade e propaganda, citando também o § 4º do art. 220 da Constituição Federal, e os arts. 56, XII e 60 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe a “contrapropaganda”, resultante da publicidade enganosa ou abusiva (2010, p. 24).

Corroborando com essa posição, Benjamim também aponta que há diferenças dos conceitos de publicidade e propaganda, no entanto “os termos são utilizados indistintamente no Brasil”, e habitualmente os dois termos são utilizados como sinônimos, e este foi “o caminho adotado pelo Código de Defesa do Consumidor” (2013, p. 254).

Conclui-se que apesar de tecnicamente existir diferença entre os termos, vê-se que não somente para o legislador, mas de maneira geral, convencionou-se que publicidade e propaganda são sinônimas.

3.2.2 Importância da publicidade na relação de consumo

A publicidade é elemento principal para que a relação de consumo aconteça, é “um grande instrumento da atividade econômica”, ela deve motivar, educar e orientar o consumidor (TICIANELLI, 2007, p.52-54).

As práticas comerciais, incluindo a publicidade que é uma das técnicas de *marketing*, servem para aproximar o consumidor do produto ofertado. Como na sociedade atual, as práticas comerciais estão inseridas em um novo modelo econômico social, assim como o fenômeno de massa, sem elas não existiria a sociedade de consumo (BENJAMIN, 2011, p.262).

Não há sociedade de consumo sem publicidade. Como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regido pelo direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, o ente vulnerável da relação jurídica de consumo (BENJAMIN, 2013, p. 251).

Nas palavras de Ticianelli:

A proliferação social da publicidade, atingindo a maioria absoluta dos homens, torna inegável ser o instituto poderoso instrumento de influência do consumidor, com atuação direta nas fases de convencimento e de decisão de consumir, afetando sobremaneira a relação de consumo (2007, p. 51).

A publicidade, além de ser essencial na relação de consumo, também exerce uma grande influência sobre a coletividade, precisando ser controlada administrativa e judicialmente. Reforçando essa ideia, o próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, em seu artigo 7º assim dispõe: “de vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população” (NUNES, 2013-1, p. 529-530).

Com o advento da sociedade de consumo, dos meios de comunicação e do aumento da concorrência, a partir do século XX, além da função informativa a publicidade

passa a ter a finalidade de persuadir o consumidor. “Tornou-se, assim, fundamental ferramenta para busca de novos clientes”, também alterou sua linguagem tornando-a “cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais” (DIAS, 2010, p. 27-28).

Toda publicidade, portanto, é de algum modo tendenciosa, na medida em que informa com a finalidade específica de vender, de fixar marca ou até mesmo criar estilo de vida (e não desinteressadamente). Na comunicação publicitária sabemos que a informação não se reveste de neutralidade; ela é sempre sugestiva para atingir o seu objetivo de compra, o que, na sociedade moderna, leva-nos a reconhecer uma certa sobreposição da função persuasiva à informativa, natural dessa técnica de mercado (DIAS, 2010, p. 28)

Apesar de saber que o principal objetivo da publicidade é vender o produto anunciado, ela faz esse trabalho de modo sutil, de modo que as pessoas não percebam o seu forte apelo emocional. Como controlar esta manipulação é tarefa árdua para o Direito.

3.2.3 O Direito e a publicidade

Um sistema de controle de publicidade pode ser exclusivamente estatal, onde somente o Estado pode ditar as regras e implantá-las, sendo que os envolvidos com a atividade não participam. Ou exclusivamente privado, nesse modelo, ao contrário do primeiro, somente quem participa são os particulares envolvidos. Muito se discute sobre a intervenção estatal na regulamentação da publicidade, onde o argumento principal para a não intervenção é que o mercado tem a capacidade de corrigir-se sozinho, por seus próprios meios. Nos raros casos em que a autorregulamentação fosse insuficiente, poderia o consumidor ir até o tribunal (sem qualquer participação do Estado) (BENJAMIN, 2011, p.318-319).

Porém o sistema exclusivamente privado possui algumas objeções, como: “regras de autorregulamentação não são normas jurídicas”. Essas regras “não vinculam todos os operadores”, apenas os que se vinculam voluntariamente e por fim, o sistema privado carece da autoridade que emana do Estado, sua força é meramente contratual, “inferior à do modelo público” (BENJAMIM, 2011, p. 319-320).

Um terceiro sistema surge para o controle da publicidade no Brasil, o sistema misto, “que aceita e incentiva ambas as formas de controle”. Essa foi a opção do Código de Defesa do Consumidor que, além de anuir a intervenção Estatal, também reconhece

as normas instituídas no Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, editado em 05 de maio de 1980 (BENJAMIM, 2011, p. 320).

Despiciendo dizer que esse é o modelo ideal. Trata-se de modalidade que aceita e incentiva ambas as formas de controle, aquele executado pelo Estado e o outro a cargo dos partícipes publicitários. Abre-se, a um só tempo, espaço para os organismos autorregulamentares (como o CONAR e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária), no Brasil, e para o Estado (seja a administração pública, seja o Judiciário) (BENJAMIN, 2013, p. 253).

Assim, com o Código de Defesa do Consumidor, apresentando “regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva”, fixou um sistema misto de controle da publicidade no Brasil. Além disso, o CDC reconhece que a relação de consumo surge antes mesmo do contrato, surge com a “expectativa de consumo”, estimulado pela publicidade (BENJAMIM, 2013, p. 256-257).

Publicidade e defesa do consumidor não devem ser vistos, portanto, como entes conflitantes. A publicidade é protegida na medida em que o Direito purifica o mercado dos excessos e, purificando-o, fortalece, por via transversa, o próprio papel do marketing e da publicidade na moderna sociedade. Por seu turno, o Direito, evidentemente, não ignora – e nem poderia ignorar – a importância da publicidade para o desenvolvimento econômico, seja como motor da dinâmica competitiva, inovação e redução do custo unitário dos produtos, seja ainda como importante fonte de receita dos veículos de comunicação (jornais, rádios, televisões), ou ainda, como pontua Benjamin, como o fator de relevância para a vida cultural do país por meio de financiamento, total ou parcial, de programas culturais (ao que hoje se denominou de “marketing cultural”) (DIAS, 2010, p. 29).

Apesar de o CDC ser o principal diploma legal do regime jurídico da publicidade no Brasil, também a Constituição Federal ocupa-se em estabelecer restrições à publicidade, criando a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que determinou regras restringindo a publicidade de certos produtos (MIRAGEM, 2010, p. 167-169).

3.2.3.1 O sistema de controle estatal da publicidade

Na atual Constituição Federal do Brasil, o direito à publicidade não está expresso. No entanto, esse direito é extraído de outras normas constitucionais como: liberdade de expressão (art. 5º, IV), liberdade de comunicação (art. 5º, IX), liberdade de informação jornalística (art. 220) e das normas de livre iniciativa (SILVA, 2012, p. 16).

Nesse mesmo sentido, Dias reforça que os princípios contidos no art. 170 da Constituição (livre iniciativa e a livre-concorrência), protegem a publicidade, e mais, que “a

proteção constitucional da publicidade pode ser vista a partir da proteção à liberdade de expressão”. Alerta ainda a autora, que essa proteção não deve ser entendida de forma ampla, pois a própria Constituição tratou de restringir a publicidade de produtos “prejudiciais à saúde e segurança dos consumidores (art. 220, § 3º) ou cujo uso presume efeitos nocivos” (como os produtos listados no art. 220, § 4º). Importante destacar, que no caso dos produtos nocivos, além da Constituição, existe lei federal específica e regulamentada, a Lei 9.294/96 (2010, p.37-39).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º - Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º - A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 2013-a).

Também no artigo 37, § 1º, a Constituição preocupou-se com a publicidade do serviço público:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (BRASIL, 2013-a).

Não há como questionar e nem como reprimir que a atual sociedade é uma sociedade de consumo. O Direito precisa cuidar para que tanto a prática de produção

quanto a prática comercial estejam de acordo com o interesse público. O Código de Defesa do Consumidor preocupou-se com as práticas comerciais. No Capítulo V, “sua visibilidade, complexidade e mutabilidade – informadoras da sociedade de consumo – representam um desafio extraordinário para o legislador” (BENJAMIN, 2011, p. 259-260).

O Código de Defesa do Consumidor quando trata das práticas comerciais, primeiramente preocupou-se em conceituar o consumidor. Há um conceito geral (art. 2º, caput) e mais outros três complementares (art. 2º, parágrafo único, 17 e 29). (BENJAMIN, 2011, p. 271).

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas (BRASIL, 2013-c).

Além da publicidade (arts. 30,35,36 e 37), o Código também cuidou de outros três institutos jurídicos ligados ao *marketing*, que seriam: a oferta (art. 31, 32, 33 e 35), informação (arts. 30 e 31) e apresentação (arts. 31 e 35) (SANTOS, 2000, p. 134).

Para Rizzatto Nunes, “oferta é um veículo, que transmite uma mensagem, que inclui informação e publicidade”. O autor destaca que o conceito de oferta do direito privado não pode ser confundido com esse criado para o Código de Defesa do Consumidor. A nova legislação consumerista é a mais adaptada ao novo tipo de sociedade contemporânea, que é da massificação da produção e prestação de serviço, “que pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas”. Bem diferente portanto, do modelo das relações privadas, que ainda acontecem entre particulares (pessoa x pessoa), que então deverá seguir o atual Código Civil, no artigo 427 (2013-2, p. 466-468).

A apresentação é o serviço que o fornecedor presta ao consumidor quando informa os aspectos fundamentais do produto ou serviço. Constitui-se ato obrigatório, caso o fornecedor se abstenha de dar informação sobre elementos essenciais, poderá ser tipificado como crime de consumo sofrendo as sanções do artigo 66, caput do CDC.

Assim, “a apresentação sempre será qualificada juridicamente como oferta, ou seja, vinculará o fornecedor em todos os seus aspectos”. A apresentação poderá ser realizada “por qualquer espécie de prática de *marketing*”, até mesmo pela publicidade. (SANTOS, 2000, p. 134-135).

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa (BRASIL, 2013-c).

No artigo 30, do CDC, verifica-se que há diferença entre publicidade e informação. Nunes conclui que “toda publicidade veicula alguma (algum tipo) de informação, mas nem toda informação é publicidade”. Isso significa que a informação é mais ampla que a publicidade. (2013-2, p. 468).

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 2013-c).

Portanto, a informação não pode ser conceituada isoladamente. Ela equipara-se à apresentação e à publicidade. “A informação é o conteúdo tanto da apresentação e publicidade como das outras técnicas de marketing” (SANTOS, 2000, p. 135).

Como as práticas comerciais são extremamente mutantes, pois há uma dinâmica no atual mercado, o CDC cuidou da publicidade, que é a principal técnica de marketing. Trata-se de “tarefa impossível” cuidar de todas as técnicas de *marketing* (o *marketing* é a espécie das quais as práticas comerciais é o gênero). Pode-se dizer que o Código criou “regras mínimas” que poderão ser utilizadas em outras “manifestações mercadológicas, como as promoções de vendas” (BENJAMIN, 2011, p.263-267).

A função do Direito ao controlar o marketing é, portanto, a de estabelecer parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre – como o quer a Constituição Federal - a livre iniciativa. É por esse prisma que se deve buscar a compatibilização entre a “defesa do consumidor” e a “liberdade de marketing”. Seria tal objetivo um simples ideal? Acreditamos que não (BENJAMIN, 2011, p.269).

Anteriormente, a legislação não tinha preocupação específica com o consumidor, e sim sob a ótica do profissional, da concorrência ou da propriedade industrial. A atuação do CONAR era insuficiente e a legislação da época também não regulamentava a publicidade. Foi só com a promulgação do CDC que a publicidade “sob o ângulo de proteção do consumidor” foi regulamentada, em seus arts. 30, 36 a 38. Nos arts. 55 a 60 o Código prevê a tutela do consumidor na esfera administrativa, nos arts. 66 a 69 a tutela na esfera penal e jurisdicional. A tutela jurisdicional também pode ser obtida pela Ação Civil Pública ou pelas ações individuais (arts. 81 e 82) (DIAS, 2010, p.44).

No Brasil, o controle estatal da publicidade pode ser exercido pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, que é composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio do seu departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC/ SDE/ MJ) e pelos demais órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e as entidades civis de defesa do consumidor (art. 2º, Decreto 2.181/1997), vale dizer, as Promotorias do Consumidor do Ministério Público Estadual e Federal, os Procons, além é claro, do próprio Poder Judiciário (DIAS, 2010, p. 45).

Como visto, a autorregulamentação carece de autoridade, sendo o controle estatal mais eficaz no sentido de proteger o consumidor. Na atual sociedade contemporânea, o controle estatal se faz necessário, seja através de órgãos do governo ou do poder judiciário.

3.2.3.2 O Sistema de Controle Particular da Publicidade

Além das formas de regulamentação sob a luz da Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, no Brasil existe o CONAR – Conselho de Autorregulamentação Publicitária. O CONAR foi fundado em 1980 e é formado por publicitários e profissionais da área. É uma entidade não-governamental, mantida por particulares (CONAR, 2013-a).

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) surgiu no final dos anos 70 em um contexto em que o governo federal buscava criar um sistema de censura prévia à publicidade. Em resposta à essa ameaça, os agentes do mercado publicitário criaram um sistema de autorregulamentação do setor, com finalidade de zelar pela liberdade de expressão comercial e pela ética na publicidade, defendendo ao mesmo tempo, os interesses dos profissionais e dos consumidores (DIAS, 2010, p. 41).

Esse conselho possui um código, o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBAP, editado em 5 de maio de 1980, um Regimento interno onde delimita todo o processo e julgamento das causas pelo Conselho de Ética, que chegam através do Conar. Também possuem seu Rito Processual e suas Súmulas (CONAR, 2013-a).

Todos os que estiverem envolvidos na atividade e no processo publicitário deverão respeitar o CBAP. Inclusive, as regras contidas no código (de autodisciplina) poderão ser utilizadas como fonte subsidiária da legislação atual, quando demandas envolvendo publicidade chegarem até o Poder Judiciário (NUNES, 2013-b, p. 508).

Art. 16, CBAP: Embora concebido essencialmente como instrumento de autodisciplina da atividade publicitária, este Código é também destinado ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e de outras leis, decretos, portarias, normas ou instruções que direta ou indiretamente afetem ou sejam afetadas pelo anúncio (CONAR, 2013-b).

Segundo Dias, as normas existentes no CBAP estão em perfeita harmonia com o CDC, e servem inclusive de “subsídios para o aplicador do direito, devido à completude e extensão do seu conteúdo em matéria publicitária (são 50 artigos e 20 anexos)”. Outra importância que ressalta a autora é a “agilidade de suas decisões”. No entanto, como se trata de controle particular, as decisões do CONAR não obrigam “todos os agentes do mercado” por carecer do “poder de polícia” exercido exclusivamente pelo Estado. Assim, a autorregulamentação mostra-se frágil para a “efetiva defesa dos consumidores”, não deixando dúvidas de que o sistema misto, adotado pelo Brasil após o CDC, é o mais eficaz (2010, p.43).

O CBAP considera anúncio, qualquer espécie de publicidade, e sua primeira regra é que todo anúncio deve ser honesto e verdadeiro. Para ser honesto o anúncio não pode “abusar da confiança do consumidor” (art. 23). Para ser verdadeiro deve apresentar características e dados reais, e o código enumera “alguns aspectos que merecem especial atenção” (art. 27), como: descrição, não conter informações que levem o consumidor ao engano, deixar claro o valor, preço e condições do produto, somente utilizar a palavra “grátis” quando realmente o produto não tiver nenhum custo, cuidado em utilizar as expressões vendedoras (“direto do fabricante”, “preço de custo”, etc.), utilizar vernáculo gramaticalmente correto e zelar pela pronúncia correta da língua portuguesa,

cuidados em utilizar pesquisa e estatísticas (identificáveis e não levar o consumidor a falsas conclusões). Só deverão ser utilizadas informações científicas pertinentes e defensáveis e, por fim, depoimentos testemunhais serão permitidos. No entanto, como está sendo muito utilizada, encontra-se mais regradada e deverá seguir o capítulo especial que trata do assunto (CONAR, 2013-b).

Na Seção 11, trata das crianças e jovens, e seguem os mesmos parâmetros do Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069/ 90). Isso é, considera-se criança até doze anos incompletos e adolescente até dezoito anos de idade. O código de autorregulamentação é mais específico do que o CDC, contendo uma lista de abstenções que dá publicidade para este público (item 1):

- a.** desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- b.** provocar deliberadamente qualquer tipo de discriminação, em particular daqueles que, por qualquer motivo, não sejam consumidores do produto;
- c.** associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou socialmente condenáveis;
- d.** impor a noção de que o consumo do produto proporcione superioridade ou, na sua falta, a inferioridade;
- e.** provocar situações de constrangimento aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;
- f.** empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;
- g.** utilizar formato jornalístico, a fim de evitar que anúncio seja confundido com notícia;
- h.** apregoar que produto destinado ao consumo por crianças e adolescentes contenha características peculiares que, em verdade, são encontradas em todos os similares;
- i.** utilizar situações de pressão psicológica ou violência que sejam capazes de infundir medo (CONAR, 2013-b)

Também quanto aos produtos (item 2), os anúncios para crianças e jovens são regulamentados:

- a.** procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo deste normativo;
- b.** respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c.** dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;
- d.** obedecer a cuidados tais que evitem eventuais distorções psicológicas nos modelos publicitários e no público-alvo;

e. abster-se de estimular comportamentos socialmente condenáveis (CONAR, 2013-b).

Além dessas recomendações, o código condena *merchandising* ou propaganda indireta para criança e jovem, sendo permitida somente para o público adulto.

SEÇÃO 11 - CRIANÇAS & JOVENS

Artigo 37

3 - Este Código condena a ação de merchandising ou publicidade indireta contratada que empregue crianças, elementos do universo infantil ou outros artifícios com a deliberada finalidade de captar a atenção desse público específico, qualquer que seja o veículo utilizado.

4 - Nos conteúdos segmentados, criados, produzidos ou programados especificamente para o público infantil, qualquer que seja o veículo utilizado, a publicidade de produtos e serviços destinados exclusivamente a esse público estará restrita aos intervalos e espaços comerciais.

5 - Para a avaliação da conformidade das ações de merchandising ou publicidade indireta contratada ao disposto nesta Seção, levar-se-á em consideração que:

- a. o público-alvo a que elas são dirigidas seja adulto
- b. o produto ou serviço não seja anunciado objetivando seu consumo por crianças
- c. a linguagem, imagens, sons e outros artifícios nelas presentes sejam destituídos da finalidade de despertar a curiosidade ou a atenção das crianças (CONAR, 2013-b).

O *merchadising* foi proibido recentemente, no início do ano de 2013, devido a forte pressão exercida sobre o CONAR, vinda da sociedade organizada.

3.2.4 Os princípios da publicidade

Existe divergência doutrinária acerca de quantos e quais são os princípios da atividade publicitária adotados pelo código. Para Benjamin, os princípios gerais adotados pelo código são: princípio da identificação da publicidade, princípio da vinculação contratual da publicidade, o princípio da veracidade da publicidade, o princípio da não abusividade da publicidade, o princípio da inversão do ônus da prova, o princípio da transparência da fundamentação da publicidade, o princípio da correção do desvio da publicidade, o princípio da lealdade publicitária e o princípio da identificação da publicidade (2013, p. 258-260).

Foi seguido à classificação de Miragem, que identifica três princípios fundamentais: o princípio da identificação, o princípio da veracidade e o princípio da vinculação (2010, p. 171-172).

3.2.4.1 Princípio da identificação

Para Hartung, um dos princípios da publicidade no país, é o que se encontra no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, que é o “princípio da identificação da mensagem publicitária”, que diz: “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente a identifique como tal” (2012, p.11).

O legislador quis com essa norma traduzir que a publicidade deve ter transparência e ser leal com o consumidor, não aceitando a publicidade clandestina e a publicidade subliminar (BENJAMIN, 2011, p. 333).

Por esse princípio, o veículo de comunicação precisa destacar a publicidade como tal, para diferenciá-la do restante de sua programação. Essa distinção também está prevista no artigo 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária: “O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma de veiculação” (MIRAGEM, 2010, p. 172).

Apesar de o princípio ser claro em seu objetivo, habitualmente vê-se a violação através da publicidade *dissimulada*, *subliminar* e *clandestina*. A publicidade dissimulada é aquela que “tem aparência de informação”, mais comum na mídia impressa atualmente vem destacada por um aviso: “informe publicitário”. A publicidade subliminar é aquela onde o consumidor é persuadido, manipulado, sobre a qualidade de determinado produto ou serviço e induzido ao consumo. Por fim, a publicidade clandestina é largamente utilizada no Brasil e denominada erroneamente de *merchandising*. Sua principal característica é o seu “caráter não-ostensivo”. Para que o *merchandising* não seja classificado como publicidade dissimulada deve seguir as normas das outras espécies de publicidade, inclusive o artigo 10, do CBAP reforça: “em especial da ostensividade e da identificação publicitária” (MIRAGEM, 2010, p.172-174).

Para Nunes “a melhor característica do *merchandising* é ele passar despercebido”, sendo, portanto incompatível com a norma vigente que dispõe que a publicidade precisa ser identificável e ostensiva (2013-2, p.519-520).

No artigo 9º, parágrafo único, o CBAP, está o conceito de outra “curiosa peça publicitária”, o *teaser*: “mensagens que visam criar expectativa ou curiosidade, sobretudo em torno de produtos a serem lançados”. O *teaser* nada mais é do que o “anúncio do anúncio”. A curiosidade é que, semelhante ao merchandising, na prática também não permite que se identifique como publicidade (BENJAMIM, 2011, p. 339).

3.2.4.2 Princípio da veracidade

Esse princípio preocupa-se com o conteúdo da publicidade, e está intimamente atrelado ao direito de informação do consumidor. No artigo 36, parágrafo único o CDC reforça este direito: “o fornecedor, na publicidade de seus produtos e serviços, manterá em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem” (MIRAGEM, 2010, p.174).

A violação direta do princípio da veracidade resulta no que se chama de publicidade enganosa, definida no artigo 37, § 1º, do CDC, e cuja caracterização se dá de modo objetivo, bastando para tal que seja demonstrada a violação do dever. Ou seja, se a necessidade de reconhecimento do elemento subjetivo dolo ou culpa (MIRAGEM, 2010, p. 175).

Existem certos consumidores que precisam de proteção especial, como as crianças e idosos. Miragem destaca que especialmente para as crianças, “que muitas vezes é endereçada publicidade com motivos fantasiosos ou irreais (personagens de desenhos fantasiosos, pessoas que voam entre outros)”. Estas técnicas não são proibidas, apenas que não se deve usar a falta de discernimento desse público, pois se isso ocorrer está caracterizado a publicidade abusiva e em consequência ilícita (2010, p. 175).

3.2.4.3 Princípio da vinculação

No Brasil, assim como em vários outros países, onde ocorreu a consolidação do direito do consumidor, a oferta passou a ser amplamente regrada. Destacam-se no CDC os artigos 30 e 35 que vinculam contratualmente a mensagem publicitária (BENJAMIN, 2013, p. 237-238).

São dois os requisitos para a pressuposta incidência do princípio da vinculação, conforme artigo 30, CDC:

Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado (BRASIL, 2013-c)

Quando o artigo descreve que a oferta (publicidade ou informação) deve ser “suficientemente precisa”, isso significa que “o simples exagero (*puffing*) não obriga o fornecedor”. São exemplos de expressões exageradas: “o mais saboroso”, “o melhor do mundo”. No entanto, quando na expressão contiver a relação de preço, a regra é a vinculação. Não se trata, portanto de precisão absoluta, e sim “um mínimo de concisão”, uma precisão mínima (BENJAMIN, 2013, p. 239-240).

O segundo requisito é a oferta ser veiculada, que chegue até o consumidor. “É a veiculação que enseja a *exposição* do consumidor, nos termos do art. 29 do CDC, abrindo a malha protetória da lei especial” (BENJAMIN, 2013, p. 239).

O princípio da vinculação determina que o fornecedor cumpra os termos do anúncio, ele vincula o que foi ofertado (oferta publicitária e oferta de consumo) à entrega ao consumidor. Isso significa dizer que só depende do consumidor aceitar a oferta ao celebrar o contrato (só terá responsabilidade pré-contratual se o fornecedor revogar dolosamente a oferta ou se esta for abusiva). Se, após a celebração do contrato, o fornecedor não cumprir a oferta, o consumidor poderá escolher uma das pretensões abaixo, relacionadas no artigo 35, CDC (MIRAGEM, 2010, p. 176-177).

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e dano (BRASIL, 2013-c);

Miragem destaca que esse princípio “estabelece o surgimento de eficácia vinculativa à publicidade”, uma das características mais importantes “do regime jurídico da publicidade no CDC” (2010, p. 175-176).

Além do fornecedor (anunciante direto) que trata o art. 35 do CDC, outros sujeitos podem ser responsabilizados pelo cumprimento do contrato, como o anunciante indireto (o comerciante que se beneficia do anúncio do fabricante). O veículo, em três situações: nos casos evidentes de publicidade enganosa, quando previamente sabia que o anunciante não cumpriria o prometido ou no caso em que era diretamente interessado (como no exemplo de receber comissão com a venda do produto anunciado). Também se pode incluir nesse rol de responsabilidades o fabricante “pelos atos praticados por seus concessionários”. E por fim, as celebridades que “avalizam” produtos e serviços, ainda mais quando recebem porcentagens das vendas efetivadas (BENJAMIN, 2013, p. 240-241).

3.2.5 Publicidade ilícita

A publicidade ilícita “é toda aquela que viola os deveres jurídicos” estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, principalmente aquela que viola os princípios da publicidade tratados anteriormente. (MIRAGEM, 2010, p. 177).

A consequência própria destas espécies de publicidade ilícita, além da evidente vedação de sua veiculação, no caso de já ter havido divulgação, será a imposição da contrapropaganda, prevista no artigo 56, XII, assim como eventuais sanções penais, a teor do que estabelece o artigo 67 do CDC. Da mesma forma, sendo comprovados danos materiais ou morais, a título individual ou coletivo, em razão da veiculação da publicidade ilícita, serão abrangidos por pretensão indenizatórias das vítimas, ou dos legitimados para tutela coletiva, quando for o caso (MIRAGEM. 2010, p. 177).

O referido código divide a publicidade ilícita em duas espécies: a publicidade abusiva e a publicidade enganosa, que estão proibidas em seu artigo 37, *caput*: “É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”.

3.2.5.1 A publicidade enganosa

Para definição do que é publicidade enganosa, importante verificar o artigo 37, § 1º, do CDC:

Art. 37, § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Como se observa no art. 37, § 1º do CDC, o legislador tentou de todas as formas que o consumidor não seja enganado, assim teceu uma ampla rede de garantia.

Antonio Benjamin destaca dois tipos de publicidade enganosa, a comissiva e a omissiva. Quando o fornecedor induz o consumidor ao erro por algo que afirmou, está-se diante da publicidade enganosa comissiva. Já quando à indução ao erro decorre da falta de informação relevante, caracteriza-se publicidade enganosa por omissão (2011, p. 345).

A publicidade enganosa por comissão é aquela capaz de levar o consumidor comprar errado, “decorre de um informar positivo que não corresponde à realidade do produto ou serviço”, é mentirosa ou parcialmente falsa. Configura-se também enganosa quando a mensagem for ambígua, “mensagens com sentidos múltiplos”, pois por decorrência da lógica um dos sentidos é falso (BENJAMIM, 2013, p. 266).

Se o anúncio brinca com o sentido ambíguo de seu texto (isto é, propositalmente) ou se utiliza da ambigüidade com intuito de confundir, será enganoso se não puder ser entendido num dos sentidos possíveis (NUNES, 2013-2, p. 561).

Importante destacar que a “modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário” que o artigo menciona, vai além das usuais veiculadas em rádios e televisão, incluindo demais informações que “tenham essa mesma finalidade de incentivar uma relação de consumo”. Como por exemplo: as promoções de vendas, as embalagens e rótulos. (DIAS, 2010, p. 101-103).

O Superior Tribunal de Justiça determinou que fornecedor cessasse a veiculação de *slogan* publicitário “diet por natureza” aposto em rótulo de água mineral por entender que esta expressão poderia induzir os consumidores a erro quanto às propriedades do produto. Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu que a veiculação de imagem de plantação de olivas aposta ao rótulo de óleo composto enlatado poderia induzir o consumidor a erro quanto à real composição do produto, acreditando tratar-se de *azeite de oliva*. De modo a evitar a sugestão enganosa contida na embalagem, o TJSP determinou que se veiculasse no rótulo do produto os percentuais exatos de cada um dos seus ingredientes (i.e. óleo de soja, azeite e aroma) de modo a bem informar o consumidor a natureza mista do produto, com percentual de óleo de soja em quantidade superior ao de azeite de oliva (DIAS, 2010, p. 103).

O exagero (*puffing*), conforme já visto, muitas vezes é considerado inofensivo. No entanto, quando capaz de levar o consumidor ao erro ou “abusando dos valores sociais” deverá ser classificado como publicidade enganosa (BENJAMIN, 2013, p. 266).

Nunes esclarece, que, “por exemplo, se o anúncio diz que aquela é “a pilha que mais dura”, tem que provar. Se é o “isqueiro que acende mais vezes” também. Se é “o carro mais econômico da categoria”, da mesma forma etc.” (2013-2, p. 37).

Outra forma de enganar o consumidor é o famoso “chamariz”, “uma maneira enganosa de atrair o consumidor”. Muito comum em épocas de liquidação, o consumidor é levado ao erro por achar que toda a loja está em promoção. Quando entra, há apenas uma prateleira. Depois de entrar no estabelecimento, muitas vezes por constrangimento acaba comprando (NUNES, 2013-2, p. 559).

A publicidade enganosa por omissão difere da comissiva, pois esta diz algo falso e aquela não diz algo que precisaria ser dito. Deixando de constar informação essencial, a publicidade leva o consumidor ao erro.

Art 37, § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço (BRASIL, 2013-c)

O legislador mais uma vez preocupa-se com o fato de a publicidade poder levar o consumidor ao erro. Assim no dispositivo acima citado, enganosa por omissão será a publicidade que omitir dado essencial. Para Benjamin, é “essencial aquele dado que tem o poder de fazer com que o consumidor não materialize o negócio de consumo” (BENJAMIN, 2013, p. 267).

Nessa mesma esteira, Nunes considera que “essencial será aquela informação ou dado cuja ausência influencie o consumidor na sua decisão de comprar” e complementa “bem como não gere um conhecimento adequado de uso e consumo do produto” (2013-2, p. 571).

A jurisprudência brasileira julgou haver enganabilidade por omissão em publicidade de aparelho de som por não ter sido veiculada a informação, nem na publicidade, nem nos manuais do aparelho de que, em caso de avaria, a peça de reposição custava o preço de uma peça importada, em valor tão alto, quase equivalente ao bem (DIAS, 2010, p.142).

Uma questão importante a ser tratada na avaliação da publicidade enganosa (ou mesmo a abusiva), é o conceito de consumidor que terá a tutela coletiva e difusa dessa publicidade. Para Dias, “uma análise do padrão de discernimento do consumidor há de ser realizada pelo julgador, até mesmo para evitar situações de má-fé e enriquecimento ilícito”. Esta mesma autora afirma que apesar de reconhecer a diferença entre consumidor e fornecedor, reconhecer o consumidor como “incapaz”, nos dias atuais, seria um erro, como ainda fazem parte da doutrina e jurisprudência. Concorde com o caminho que vem sendo tomado (pela doutrina e jurisprudência), de “adotar a figura do consumidor como aquele dotado de um *mínimo* de crítica e atenção, isto é, como figura de mediana perspicácia: nem esperto nem provido de um mínimo de discernimento” (2010, p.111-112).

3.2.5.2 A publicidade abusiva

No artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, está a definição do que é publicidade abusiva:

Art. 37, § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança (BRASIL, 2013-c).

A publicidade abusiva possui diversas modalidades; no entanto, possui uma coisa em comum, “não atacam o bolso do consumidor”, pode ser veraz e mesmo assim ser abusiva, diferentemente da publicidade enganosa. Seu conceito passeia pela “ideia de exploração ou opressão do consumidor” (BENJAMIM, 2011, p. 354-355).

O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o da publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do Direito do Consumidor. Como bem demonstra Thierry Bourgoignie, hoje o mais completo e importante doutrinador do Direito do Consumidor em todo o mundo, a abusividade já não se mantém exclusivamente na órbita de interesses de concorrentes e, com o desenvolvimento do mercado e novos valores, passa a ganhar importância para o consumidor (BENJAMIM, 2011, p. 355).

Importante destacar que o rol de tipificações da publicidade abusiva encontrado no artigo 37, § 2º, do CDC é meramente exemplificativo, podendo os operadores do

direito em determinadas situações constatarem a abusividade do anúncio publicitário. A sua definição é uma “espécie de conceito jurídico indeterminado”. O que irá determinar se é abusiva ou não, será a relação que se obtém da aplicação da norma ao caso concreto (MIRAGEM, 2010, p. 180-181).

O referido § 2º não traz em seu texto normativo um conceito preciso de abusividade, mas, a partir das situações nele exemplificadas, pode-se definir como abusiva toda publicidade que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constituição Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, da CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3º, IV e 5º, *caput*, CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227, CF) e ao idoso (art. 230, CF), da tutela à saúde (art. 196, CF) e ao meio ambiente (art. 225, CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária (DIAS, 2010, p. 161).

Pode-se concluir que o legislador preocupou-se não somente com o destinatário final da publicidade, mas sim com a sociedade e seus valores. A pretensão do aplicador do direito deve ser a repressão da publicidade que vai contra os princípios constitucionais, aos bons costumes aceitos por toda a sociedade. Essa tarefa não é simples, pois o que deve ser abusiva é a publicidade “reprovável pelo Direito” e não aquela que “possa gerar certo desprezo ou incômodo para alguns” (DIAS, 2010, p.164-166).

Os efeitos da publicidade abusiva, por sua própria natureza, alcançam toda a comunidade. Assim, não apenas os consumidores que venham a ser diretamente ofendidos ou afetados pela mensagem publicitária são legítimos para demandar por eventuais prejuízos. O caráter difuso inerente à ofensa decorrente desta espécie de publicidade induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar danos pessoalmente sofridos (MIRAGEM, 2010, p. 181).

Os tipos de abusividades citadas no artigo 37, § 2º, do CDC, são: publicidade discriminatória; publicidade que incite violência, exploração do medo ou da superstição; publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência infantil; publicidade que desrespeite os valores ambientais; publicidade que induza o consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde ou segurança. Diante do tema deste trabalho, evidenciar-se-á a abusividade da publicidade dirigida às crianças e adolescentes, no capítulo 3.

3.2.5.3 Responsabilidade do fornecedor-anunciante, das agências e do veículo

A atividade da publicidade envolve a agência de publicidade, o veículo de comunicação e o principal responsável, o fornecedor-anunciante. A agência de publicidade ou agência de propaganda “é a empresa ou pessoa responsável em planejar, criar e distribuir a publicidade”. O veículo de comunicação “são os meios colocados à disposição do anunciante para divulgar a publicidade”. São conhecidos como mídia, e dividem-se em: mídia impressa (jornais, revistas e outdoor), mídia eletrônica (televisão, rádio e cinema) e mídia interativa (Internet). Por fim, o fornecedor-anunciante, que é a “empresa interessada em promover a venda de seu produto ou serviço” (DIAS, 2010, p. 30-31).

Uma das questões que preocupou o legislador foi a “extensão da responsabilidade dos sujeitos envolvidos na concepção, realização e divulgação do anúncio publicitário”, como se verifica nos dispositivos abaixo, ambos do CDC (MIRAGEM, 2010, p. 179):

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina (BRASIL, 2013-c) .

Art. 60. A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva (BRASIL, 2013-c).

O fornecedor-anunciante sempre responde de forma objetiva pelo dano ocasionado. Igualmente respondem as agências e veículos quando respondem pelos seus próprios serviços. No entanto há divergência doutrinária acerca da responsabilidade de cada um, quando há “diferentes sujeitos envolvidos no processo de criação e difusão”. Segundo posição doutrinária, fundamentando com artigo 38, CDC, é que “caberia apenas ao fornecedor-anunciante, e somente a ele, a responsabilidade pelos danos decorrentes da publicidade ilícita” (DIAS, 2010, p.299-300).

Coadunando com essa posição, quanto a não reponsabilidade do veículo, o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial, assim decidiu:

A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do art. 3º da Lei n. 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada "publicidade de palco". II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir co-responsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio.

(STJ - REsp: 1157228 RS 2009/0188460-8, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 03/02/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/04/2011)

Outra posição doutrinária, que se encontra Benjamin, é a de que “as agências, os veículos e celebridades responderiam nos termos do direito comum”, não objetivamente, mas subjetivamente, indenizando os consumidores somente nos casos que “sua ação ou omissão, negligência ou imprudência, sobreviessem danos aos consumidores” (DIAS, 2010, p. 301).

A terceira posição, da qual defende Scartezzini Guimarães, é que a responsabilidade da agência e do veículo, assim como o fornecedor-anunciante, é objetiva. O doutrinador reforça sua posição com o artigo 7º, parágrafo único, CDC, combinado com art. 25, caput e § 1º do CDC (DIAS, 2010, p. 301).

Art. 7º, Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo (BRASIL, 2013-c).

Art. 25. É vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores. § 1º Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores (BRASIL, 2013-c)

Quando comprovada a publicidade enganosa ou abusiva, a sanção penal além de recair sobre o anunciante e agência, poderá recair sobre o veículo utilizado. No art. 67, o CDC tipifica a publicidade enganosa ou abusiva como crime, e no caso do veículo, ele torna-se solidário, pois tem livre arbítrio, e não está obrigado a praticar esse tipo de publicidade. Existem exceções à regra que isentam o veículo da responsabilização, quais sejam: “que não são legais objetivamente” e “por cuja veiculação não é possível ao veículo, por falta de condições reais, saber se eles são enganosos” (NUNES, 2013-2, p. 574-575).

Nesse caso, a norma penal obriga a demonstração do elemento subjetivo, quando coloca que quem faz ou promove publicidade sabe ou deveria saber.

Desta feita, não nos parece suficiente argumentar, para afastar eventual responsabilização da agência, que ela não é, nos termos dos citados arts. 7º e 25 do CDC, 'coautora' da publicidade e dos danos eventualmente gerados ao lado do fornecedor-anunciante. Por estarem diretamente envolvidas com o produto e serviço e por darem vida e forma à publicidade, são as agências, ao lado do fornecedor-anunciante, também responsáveis objetiva e solidariamente pelos anúncios ilícitos (DIAS, 2010, p. 302).

O CBAP também disciplina a matéria de responsabilidade, especificamente no Capítulo IV.

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e a sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas mais adiante, neste Artigo (CONAR, 2013).

A posição mais acertada, parece ser que a responsabilidade recai solidariamente entre o fornecedor-anunciante e a agência de forma objetiva, e no caso do veículo, este deverá responder subjetivamente na medida em que contribui (ou não) para o dano do consumidor. Tanto do CDC quanto do CBAP pode-se chegar a essa conclusão.

3.2.6 Publicidade restrita

A publicidade restrita é aquela que se encontra no art. 220, § 4º da Constituição Federal, "trata-se da publicidade de produtos, que por serem nocivos ou perigosos à saúde dos consumidores", tiveram tratamento especial constitucional (MIRAGEM, 2010, p. 182).

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
[...]

§ 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso (BRASIL, 2013-a).

Para Benjamim, das diversas modalidades de publicidade, estas cinco: tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, trazem um risco maior para “a saúde das pessoas, o bem-estar da família e o meio-ambiente”. Para esses específicos modelos de publicidade, o legislador teve a preocupação de ser mais rigoroso, sendo que o CDC deve “caracterizar-se por ser um verdadeiro piso mínimo de tutela do consumidor” (2013, p.271-272).

Como a Constituição “exigiu” a criação de lei federal para disciplinar o tema, foi editada a Lei 9.294 de 15 de julho de 1996.

Posteriormente, a referida norma foi alterada com a vigência da Lei 10.167, de dezembro de 2000, e pela Medida Provisória 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. Um grave déficit da lei, com relação à proteção constitucional materializada nesta determinação de restrição, é a definição legal de bebida alcoólica como aquelas de gradação alcoólica superior a treze graus Gay Lussac, que coloca fora do alcance das restrições estabelecidas a publicidade de cerveja, ou bebidas ice, por exemplo. Tal definição, foi considerada constitucional pelo STF (MIRAGEM, 2010, p. 143).

Art. 1º, parágrafo único, Lei 9.294: Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac (BRASIL, 2013-d).

No que se refere às crianças e adolescente, o legislador preocupou-se em vetar a sua participação em comerciais e proibir a venda para menores de 18 anos, dos produtos fumígenos e similares.

Art. 3º É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2º, 3º e 4º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo.

[...]

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes (BRASIL, 2013-d).

Art. 3º-A Quanto aos produtos referidos no art. 2º desta Lei, são proibidos:

[...]

IX – a venda a menores de dezoito anos (BRASIL, 2013-d)

Quanto à bebida alcoólica, a lei restringe a publicidade pelo horário que será veiculado, claramente para proteção da criança e do adolescente, conforme art. 4º:

“Somente será permitida a propaganda comercial de bebidas alcoólicas nas emissoras de rádio e televisão entre as vinte e uma e as seis horas” (BRASIL, 2013-d).

A autorregulamentação também se preocupou com algumas “categorias especiais de anúncios”, frente à “importância e gravidade” que esses produtos anunciados podem gerar (NUNES, 2013-2, p. 522).

Os anexos “A”, “P” e “T” tratam da autorregulamentação da publicidade de bebidas alcoólicas, que são definidas de acordo com a norma jurídica e as classifica como: as de mesa consumidas durante a refeição (cervejas e vinhos tratadas no anexo “P”), as categorias das “ices”, “cooler”, “álcool pop” e demais semelhante (tratados no anexo “T”) as demais bebidas sejam elas destiladas ou fermentadas (tratados no anexo “A”). Diante da importância da publicidade desses produtos, a norma especifica controle sobre horários de veiculação, cláusulas de advertência, princípio do consumo com responsabilidade social, comércio, ponto de venda, entre outros. Destaca-se o item 2 que trata especificamente do princípio da proteção a crianças e adolescentes, conforme segue:

2. Princípio da proteção a crianças e adolescentes

Não terá crianças e adolescentes como público-alvo. Diante deste princípio, os Anunciantes e suas Agências adotarão cuidados especiais na elaboração de suas estratégias mercadológicas e na estruturação de suas mensagens publicitárias. Assim:

- a.** crianças e adolescentes não figurarão, de qualquer forma, em anúncios; qualquer pessoa que neles apareça deverá ser e parecer maior de 25 anos de idade;
- b.** as mensagens serão exclusivamente destinadas a público adulto, não sendo justificável qualquer transigência em relação a este princípio. Assim, o conteúdo dos anúncios deixará claro tratar-se de produto de consumo impróprio para menores; não empregará linguagem, expressões, recursos gráficos e audiovisuais reconhecidamente pertencentes ao universo infanto-juvenil, tais como animais “humanizados”, bonecos ou animações que possam despertar a curiosidade ou a atenção de menores nem contribuir para que eles adotem valores morais ou hábitos incompatíveis com a menoridade;
- c.** o planejamento de mídia levará em consideração este princípio, devendo, portanto, refletir as restrições e os cuidados técnica e eticamente adequados. Assim, o anúncio somente será inserido em programação, publicação ou web-site dirigidos predominantemente a maiores de idade. Diante de eventual dificuldade para aferição do público predominante, adotar-se-á programação que melhor atenda ao propósito de proteger crianças e adolescentes;
- d.** os websites pertencentes a marcas de produtos que se enquadrarem na categoria aqui tratada deverão conter dispositivo de acesso seletivo, de modo a evitar a navegação por menores (CONAR-2013).

No anexo “H”, dos alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas, a preocupação com a criança e adolescente também é visível nas normas abaixo citadas.

1. Disposições Gerais

[...]

j. abster-se de desmerecer o papel dos pais, educadores, autoridades e profissionais de saúde quanto à correta orientação sobre hábitos alimentares saudáveis e outros cuidados com a saúde;

k. ao utilizar personagens do universo infantil ou apresentadores de programas dirigidos a este público-alvo, fazê-lo apenas nos intervalos comerciais, evidenciando a distinção entre a mensagem publicitária e o conteúdo editorial ou da programação;

l. abster-se de utilizar crianças muito acima ou muito abaixo do peso normal, segundo os padrões biométricos comumente aceitos, evitando que elas e seus semelhantes possam vir a ser atingidos em sua dignidade.

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

[...]

5. Na publicidade dos produtos submetidos a este Anexo adotar-se-á interpretação a mais restritiva quando:

a. for apregoado o atributo “produto natural”;

b. o produto for destinado ao consumo por crianças (CONAR, 2013).

Quanto à autorregulamentação do fumo, o anexo “J” que trata desse tema, alerta que deve ser compatibilizado com a Lei Federal 10.167/ 2000. Especificamente o item 5 trata da publicidade dirigida à criança e adolescente, que diz: “Não fará qualquer apelo dirigido especificamente a menores de 18 anos, e qualquer pessoa que, fumando ou não, apareça em anúncio regido por este Anexo, deverá ser e parecer maior de 25 anos” CONAR, 2013).

Tanto as leis quanto a autorregulamentação tiveram a preocupação de proteger a criança e o adolescente em um nível maior que os demais consumidores. Isso só vem reforçar os princípios da prioridade absoluta e do desenvolvimento integral da criança e do adolescente.

4 PROIBIÇÃO DA PUBLICIDADE PARA CRIANÇA

4.1 A CRIANÇA E A PUBLICIDADE

4.1.1 A hipossuficiência e a vulnerabilidade da criança

A hipossuficiência e a vulnerabilidade são conceitos distintos e não se confundem. Existem certos tipos de relação contratual onde não há um equilíbrio entre as partes contratantes, onde, a parte mais fraca é a parte vulnerável (MARQUES, 2011, p. 321).

Na relação consumerista o consumidor recebe uma tutela especial por ser considerado a parte mais fraca da relação. É aquele que se submete ao poder dos grandes produtores, aqueles que detêm o controle dos meios de produção. No art. 170, a Constituição Federal estabelece a livre concorrência e a livre iniciativa, mas também coloca a defesa do consumidor em uma das suas prioridades (FILOMENO, 2011, p. 73-74).

Como já afirmava o célebre Rui Barbosa, a democracia não é exatamente o regime político que se caracteriza pela plena igualdade de todos perante a lei, mas sim pelo tratamento desigual dos desiguais (FILOMENO, 2011, p. 73).

Para que não ocorra esse desequilíbrio contratual a que a maioria dos consumidores está sujeito, o Código de Defesa do Consumidor ensina:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
I- reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (BRASIL, 2013-c);

Esse reconhecimento e garantia do consumidor, é devido diante da sua fragilidade, uma de ordem técnica e outra de ordem econômica. A de ordem técnica decorre do monopólio que o fornecedor detém. É ele quem determina quando, como, o

que será produzido, assim a “escolha” do consumidor na verdade é sempre reduzida ao que se oferta. A segunda fragilidade, a econômica, admite exceções, mas em regra o fornecedor possui maior capacidade econômica que o consumidor (NUNES, 2013-2, p. 178-179).

Importa destacar a posição de Marques, que classifica a vulnerabilidade em quatro tipos: a técnica, a jurídica, a fática e a básica dos consumidores, esta última também chamada de “vulnerabilidade informacional”. Para a autora, nem todos os tipos de vulnerabilidade são presumidas pelo CDC (2011, p. 323-324).

A vulnerabilidade técnica é traduzida pela falta de conhecimento do consumidor diante da aquisição do produto ou serviço, podendo assim ser facilmente enganado. Segundo art. 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, assim a vulnerabilidade técnica no CDC é presumida quando o consumidor não é profissional, pois, se ele é profissional, deixa de ser consumidor. Mas, como toda regra tem sua exceção, essa não seria diferente. O STJ considerou pequenos agricultores e cooperativas vulneráveis em algumas situações, como: compra de máquinas agrícolas, negociações frente aos bancos e ao fornecimento de energia elétrica. Já na aquisição de adubos o STJ utilizou a regra, isto é, descartou a vulnerabilidade. (MARQUES, 2011, p. 324 - 325).

O segundo tipo de vulnerabilidade, a jurídica, “é a falta de conhecimentos jurídicos específicos, conhecimentos de contabilidade ou de economia”. Segue a mesma linha da vulnerabilidade técnica quando presume somente no caso de não profissionais e de pessoas físicas, significando que profissionais e pessoas jurídicas têm o dever de adquirir conhecimentos jurídicos e econômicos para exercer suas atividades (MARQUES, 2011, p. 327).

Já a vulnerabilidade fática ou socioeconômica, para sua caracterização é necessário olhar para a outra parte, isto é, para o fornecedor, presumida também nos casos em que o consumidor não é profissional. Esse tipo de vulnerabilidade será detectada quando o fornecedor “impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”, quando o fornecedor tem o monopólio em razão do seu serviço ou mesmo economicamente (MARQUES, 2011, p. 333).

A vulnerabilidade informacional é justamente o que define o consumidor na atual sociedade e “é essencial à dignidade humana”. A principal característica do

consumidor (que pode ser retirada de seu conceito jurídico) é a falta de informação. No entanto, hoje se observa muita informação desnecessária e muitas vezes manipulada e controlada pelo fornecedor. Vêm ganhando relevância principalmente as informações de produtos e serviços alimentícios, que prejudicam a saúde do consumidor (MARQUES, 2011, p. 335-337).

A vulnerabilidade informacional em matéria de alimentos geneticamente modificados chama a atenção, perturba a liberdade escolha do consumidor e efetividade de seus direitos fundamentais. Informar e compensar esta vulnerabilidade é a única maneira de preservar os valores constitucionais envolvidos no caso da colocação no mercado de consumo de alimentos e ingredientes geneticamente modificados, que são: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o direito à vida (art. 5º, *caput*), à liberdade (que inclui a escolha alimentar) (art. 5º, *caput*), à informação (art. 5º, XIV) e à proteção dos interesses do consumidor (art. 5º, XXXII). Mister informar o consumidor da transgenia existente ou possivelmente existente no alimento e assim preservar seu direito de escolha (art. 6º, II, do CDC). Parece-me possível extrair da plural legislação brasileira um direito fundamental à informação sobre gêneros alimentícios e alimentos geneticamente modificados (direito derivado do art. 11 do Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, de 1966), corolário do direito básico à autodeterminação alimentar dos consumidores brasileiros (art. 5º, *caput* e XXXII, da CF/1988 c/c art. 6º, I, II e III, do CDC) (MARQUES, 2011, p. 337-338).

Tanto a vulnerabilidade quanto à hipossuficiência estão presentes no CDC. A vulnerabilidade encontra-se no artigo 4º, I, e a hipossuficiência no art. 6º, VIII:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências (BRASIL, 2013-c);

A hipossuficiência aparece como um facilitador para a parte consumidora na questão processual, como uma avaliação do juiz para conceder ou não a inversão do ônus da prova em prol do consumidor. Portanto, é ato discricionário do juiz e este deverá realizar uma análise dos critérios objetivos (MIRAGEM, 2010, p.66).

Como visto, a vulnerabilidade pode ser técnica ou econômica. Já para caracterizar a hipossuficiência, o consumidor deverá ter “desconhecimento técnico e

informativo do produto e serviço”, não é porque ele é “pobre” que será beneficiado com a inversão do ônus da prova, pois essa questão é meramente processual e não de direito material (NUNES, 2013-2, p. 854).

Em geral aponta-se a hipossuficiência como falta de condições econômicas para arcar com custos do processo. Na maior parte dos casos é correto identificar na ausência de condições econômicas a causa da impossibilidade fática de realizar a prova e sustentar sua pretensão. Mas não é, certamente, a única causa. Considerando o modo como se desenvolvem as relações de consumo, a impossibilidade de o consumidor demonstrar suas razões pode se dar, simplesmente, pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram em seu poder, mas sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito de não produzir provas contra seu próprio interesse (MIRAGEM, 2010, p. 143).

Para Benjamim, a hipossuficiência é uma categoria de consumidor, que “pode ser físico-psíquica ou meramente circunstancial”, como as crianças, os índios, os doentes, os idosos, etc. O Código de Defesa do Consumidor dedicou proteção especial à criança contra a publicidade abusiva (art. 37, § 2º). “A hipossuficiência é um *plus* em relação à vulnerabilidade”. (2013, p. 270-271).

Autores como Miragem e Marques, não falam em hipossuficiência quando tratam da criança e do idoso. Miragem utiliza a expressão “vulnerabilidade agravada” (art. 37, § 2º e art. 39, IV), e Marques denomina esse agravo em hipervulnerabilidade, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (MIRAGEM, 2010, 68-69, MARQUES, 2011, p. 359-360).

A hipervulnerabilidade possui garantia expressa na Constituição Federal, quando trata de forma especial os portadores de deficiência, as crianças e os idosos. Porém eles não serão os únicos, doentes e analfabetos também poderão ser considerados hipervulneráveis, mas como não estão salvaguardados pela Constituição, dependem da atuação do judiciário e do caso concreto (MARQUES, 2011, p. 359-363).

Em minha opinião, a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstância pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada (assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou a

situação de doentes (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios) (MARQUES, 2011, p. 360-361).

Portanto, a criança, enquanto consumidora poderá ser considerada vulnerável, como todo consumidor, mas com um “plus”, passando para a classe de hipervulnerável, pois está protegida constitucionalmente. Também poderá ser considerada hipossuficiente, mas não por ser criança. Irá depender de suas condições processuais de produzir ou não suas provas.

4.1.2 A criança frente à televisão

Para Pereira, “um dos aspectos de maior importância na formação e desenvolvimento da criança e do jovem é a influência dos meios de comunicação”, que as crianças enquanto pequenas “acreditam ser real tudo aquilo a que assistem” (2008, p. 762-763).

Segundo Hartung (2012, p. 2-3):

Os meios de mídia, como a televisão e internet, desempenham cada vez mais um importante papel na formação da criança, ocupando tempo equivalente ou maior às outras consagradas instituições sociais -- família e escola. Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Painel Nacional de Televisão do Ibope concluiu que a criança brasileira, superando todas as outras crianças das diferentes nações do planeta, é a que mais passa tempo diariamente em frente a uma tevê: cerca de 5 horas (4 horas, 51 minutos e 19 segundos).

Nesse mesmo sentido, Henriques evidencia:

A televisão é hoje o veículo de comunicação mais eficiente e, por isso, o mais utilizado para a propagação da publicidade dirigida à criança, por ser amplamente difundido em todas as camadas sociais, no mundo inteiro, e por não necessitar de alfabetização infantil para ser compreendido (2006, p. 152).

É inegável que o advento da televisão modificou toda a sociedade que jamais será a mesma. Instituições como a escola, a Igreja e o Estado, utilizando-se de recursos de persuasão (seja de caráter emotivo ou racional), tentaram ser agente socializador, mas sempre encontraram certa resistência. Ao contrário, a televisão, atua quase que incontestavelmente (FERRÉS, 1998, p. 63).

Reforçando a ideia anterior, Limeira destaca que, a partir da segunda metade do século XX, o aumento da concorrência entre as empresas transformou a classe média no principal alvo da publicidade. Em 1970, 75% (setenta e cinco por cento) das famílias já possuíam um aparelho televisivo em casa. Questões como a impossibilidade de a criança brincar nas ruas nos grandes centros, bem como a necessidade de as mulheres (mães) saírem para o mercado de trabalho, oportunizou a televisão tornar-se a principal forma de diversão e de construção de “valores morais, éticos e políticos” do universo infantil. Em consequência disso, instituições como escola, família e a igreja, passaram a influenciar cada vez menos na formação dos ideais de uma criança a partir de 1990 (2008, p. 167-168).

Ferrés compara a televisão como mãe (ao invés de babá) e como totem. Como mãe, porque a televisão tornou-se presente em quase todos os lares, como companhia a qualquer hora, oferecendo conforto e alimentando o imaginário das crianças. E o que é melhor, não cobra nada em troca e muito mais branda. Como totem, porque muitas famílias decidem suas vidas de acordo com os horários da programação (quando irão deitar-se, tomar café, jantar, etc.). A televisão é “objeto de veneração e reverência”, “é a nova religião”. “Os profissionais e os políticos, os artistas e os publicitários são os feiticeiros das novas liturgias que exorcizam demônios e prometem o paraíso” (1996, p. 7-8).

Há, portanto, muita contradição em calcular se ela trouxe mais ou menos benefícios, e todos os discursos sobre o tema possuem certa parcialidade e até mesmo miopia. Nas palavras do autor:

A televisão é o fenômeno social e cultural mais impressionante da história da humanidade. É o maior instrumento de socialização que jamais existiu. Nenhum outro meio de comunicação na história havia ocupado tantas horas da vida cotidiana dos cidadãos, e nenhuma havia demonstrado um poder de fascinação e de penetração tão grande (FERRÉS, 1998, p. 13).

Importa destacar que quando o livro de Joan Ferrés foi escrito, a internet não havia causado tamanha mudança social e cultural. Talvez hoje, a internet seja o fenômeno que trará uma mudança social tão grande ou ainda maior que trouxe a televisão. No Brasil devido ao alto custo do acesso, a internet ainda não está em todos os lares.

Nesse sentido destaca Henriques:

A televisão é hoje o veículo de comunicação mais eficiente e, por isso, o mais utilizado para a propagação da publicidade dirigida à criança, por ser amplamente difundido em todas as camadas sociais, no mundo inteiro, e por não necessitar de alfabetização infantil para ser compreendido. Imprescindível, assim, em razão do escopo deste trabalho, o estudo comportamental das crianças frente a esse aparelho da Era Moderna, que, quem sabe – de maneira geral e não somente com relação à criança – , pode estar com seu trono ameaçado ante a futura maior difusão da internet no ambiente familiar e nas camadas sociais de renda mais baixa (2006, p. 152).

Por estar em praticamente todos os lares, saber os exatos efeitos que a televisão causa na vida das crianças e adolescentes é “missão impossível”, conforme Strasburger:

A natureza onipresente da televisão torna-se difícil de ser estudada, assim como o ar que respiramos. Podemos isolar uma amostra de ar e compará-la com outras amostras de ar. Podemos tentar detectar o que contamina. Podemos, até mesmo, tentar estudar grupos de pessoas que respiram diferentes tipos de ar (por ex., ar poluído versus ar das montanhas). Mas será que podemos definitivamente concluir que o ar de uma cidade causa câncer pulmonar em uma determinada pessoa (1999, p. 15)?

A maioria das pessoas acredita que o grande poder da televisão nasce dos discursos, isto é, que o telespectador é influenciado pela razão, conscientemente. No entanto, o autor tenta desconstruir esse pensamento e apresenta a ideia de que a real influência da televisão é feita através da emoção, inconscientemente, de maneira subliminar em sentido amplo (FERRÉS, 1998, p.14).

Num sentido mais amplo, considera-se subliminar qualquer estímulo que não é percebido de maneira consciente, pelo motivo que seja: porque foi mascarado ou camuflado pelo emissor, porque é captado desde uma atitude de grande excitação emotiva por parte do receptor, por desconhecimento dos códigos expressivos por parte do próprio receptor, porque se produz uma saturação de informações ou porque as comunicações indiretas e aceitas de uma maneira inadvertida. É neste sentido, e só neste sentido, que se fala no livro de televisão subliminar (FERRÉS, 1998, p. 14).

Importante diferenciar as “duas grandes vias da comunicação persuasiva”, a via racional e a via emotiva. A via racional utiliza o argumento como principal elemento para a persuasão, através da lógica do pensamento, onde o telespectador aceitará o ponto de vista de quem está persuadindo de forma consciente, assim é importante que a mensagem gere reflexão e seja ao final compreendida. Já a via emotiva, como o próprio nome sugere, faz uso das emoções e não da razão. A persuasão é feita através do pensamento associativo, por transferência. Ao invés de convencer o receptor a via emotiva utiliza a sedução e o fascínio (FERRÉS, 1998, p. 59-60).

Na educação, os pais e professores atuam de forma contrária à televisão, pois utilizam o discurso para educar e influenciar (isto é, utilizam a via racional), e utilizam os contos de fada e os relatos, a via emocional, para o entretenimento. Acreditam, eles, que o que educa e influencia os pequenos é somente o discurso. Já os publicitários, especialistas em persuasão, fazem exatamente ao contrário, recorrem à via emotiva, do entretenimento. “É justamente esta concepção ingênua sobre o entretenimento por parte da maior parte dos telespectadores que os faz particularmente vulneráveis” (FERRÉS, 1998, p.61-64).

Nietzsche confessou certa vez que Dostoiévski era a única pessoa que lhe havia ensinado alguma coisa de psicologia. É que o discurso não é necessariamente a maneira mais completa e profunda de conhecimento. E tampouco a maneira mais eficaz de influência (FERRÉS, 1998, p. 62).

Apesar de a televisão exercer uma grande influência na cultura, na educação, na formação das crianças e adolescentes, a escola assistiu a esse fenômeno de forma passiva. A escola deveria ensinar como assistir à televisão, ensinar de maneira crítica a

digerir todo o conteúdo que chega através desse aparelho audiovisual (FERRÉS, 1996, p.7-10).

Existe muita divergência sobre como realmente a televisão afeta o comportamento dos telespectadores. Assim como os pais modelam o comportamento das crianças pelo exemplo dado a elas, a televisão traz “modelos de papel adulto atraentes para crianças e adolescentes”. A televisão fornece *scripts* para os adolescentes de como se deve agir quando adulto (STRASBURGER, 1999, p. 19-20).

Não obstante, diante de toda crítica feita a esse meio de comunicação tão eficiente, não se pode crucificá-la de forma isolada. “A televisão não é nem “boa” nem “má”. Ela é aquilo em que nós, como sociedade, a transformamos” (STRASBURGER, 1999, p. 29).

Como um ponto a favor, pode-se citar que, experiências realizadas comprovam que crianças que assistem à televisão adquirem algumas habilidades como capacidade visual e pensamento associativo que não são desenvolvidas por crianças que nunca assistiram à televisão (FERRÉS, 1996, p. 20-21).

No entanto, cabe um alerta, a televisão é um agente de consumo, muitos teóricos a definem como um meio que serve à publicidade. As programações são interrompidas a todo momento para dar espaço à publicidade. A própria programação tem obrigação de se vender para alcançar índices de audiências, e a consequência “é a vulgarização ou o enfoque trivial da realidade e a sua falta de contexto” desse espetáculo (FERRÉS, 1996, p. 26-32).

Strasburger acredita no poder de influência da mídia e propõe “oito soluções potenciais”, para ao menos melhorar ou imunizar os efeitos que prejudicam o desenvolvimento das crianças e adolescentes, são eles:

- A qualidade da programação para crianças e adolescentes deve ser melhorada;
- Uma melhora na programação deve ser acompanhada por uma melhora na natureza e regras de publicidade;
- A contracepção deve ser apresentada de uma forma saliente na programação, e os comerciais de produtos contraceptivos devem ser aceitos, especialmente na programação popular com adolescentes;
- Mais pesquisas são necessárias em virtualmente cada área do impacto da mídia sobre jovem;
- Um aumento na “alfabetização” quanto à mídia é vital para proteger crianças e adolescentes de influências nocivas dos meios de comunicação;
- Melhor entendimento sobre a natureza da mídia é necessário, tanto para os

pais quanto para os profissionais da saúde;

- Além da programação educativa de maior qualidade, deve ser feito um uso mais agressivo da mídia para campanha de saúde e finalidades pró-sociais;
- Profissionais da saúde e pais precisam engajar-se vigorosamente na defesa pela mídia (1999, p.113-120).

Nessa mesma esteira, Ferrés acredita que uma atitude positiva perante o meio seria uma opção, já que a proibição tornou-se uma atitude cada vez menos frequente e cada vez mais difícil de impor às crianças. É inegável o poder de sedução, de libertação (pois não controla e não avalia o tempo todo), de prazer, de ócio, que a televisão exerce, principalmente nas crianças. Uma das alternativas que o autor sugere para diminuir os efeitos negativos desse meio seria o controle dos pais: determinando horários, não deixando seus filhos sozinhos (fazendo o papel de baby-sitter) e principalmente, dialogando com eles durante a programação. Essas intervenções deverão ser oportunas, de maneira que não interrompam a criança todo momento. A liderança precisa ser exercida pelos pais, que devem também dar o exemplo (1996, p.101-107).

Pesquisas apontam que, nos Estados Unidos as crianças com a rotina de assistir à televisão sofrem impactos negativos como “agressividade, obesidade, precoce iniciação da atividade sexual, baixo rendimento escolar e depreciação da auto-imagem”. Em outra pesquisa, realizada pela London School, constatou que, quando as crianças passam mais tempo com seus pais e menos tempo assistindo à televisão, são mais críticas e preferem a convivência com pais e amigos, não dando tanta importância para a televisão. Em pesquisa realizada em Buenos Aires, no final de 1990, concluiu que as crianças de baixa renda daquela cidade, a televisão tem papel de destaque em suas vidas. No Brasil, adolescentes passam mais horas em frente à televisão (vinte e oito horas por semana) do que recomendam os pediatras norte-americanos. As pesquisas apontam que na Europa a televisão não possui tanto destaque como na América do Norte e América Latina (HENRIQUES, 2006, p. 153-156).

Não se deve em hipótese nenhuma alimentar as crianças em frente à televisão, e deve-se evitá-la ao máximo em horários anteriores ao sono, pois podem provocar distúrbios. É aconselhável que os pais não utilizem o meio, como forma de castigar, recompensar ou premiar as crianças, pois assim estarão valorizando-o (FERRÉS, 1996, p.107-108).

A escola e principalmente os pais, deverão estar atentos aos horários e programas que seus filhos estarão expostos. Ao Estado, cabe a regulamentação e o poder de coerção frente às emissoras e anunciantes.

4.1.3 A criança frente à publicidade e o consumo

Segundo Sá, autores como Baudrillard, Lipovetsky e Canclini, apesar de noções muitas vezes controversas, apontam a correlação existente entre mídia e consumo. A autora, além de destacar a importância da publicidade que faz a ligação entre mídia e os produtos, ressalta que, além da publicidade, eles utilizam filmes, livros, músicas para construir, desde a modernidade, a identidade da sociedade. Pode-se concluir desse pensamento, que a publicidade tem parcela considerável na construção da sociedade atual (2007, p. 48-49).

Henriques alerta que a publicidade nos dias atuais está em todos os lugares, e não somente na televisão e rádios. Está presente também nas ruas, *shoppings*, táxi, metrô, internet, celular, parques, sendo que a criança fica cada vez mais exposta à publicidade. Alerta também para o fato de que a televisão é utilizada como “babá virtual”, sendo que as mesmas recebem “tantas e descuidadas informações” (2006, p. 148).

Mas como a publicidade interfere no desenvolvimento da criança? Por que a publicidade faz mal? Para responder a essas e outras perguntas referentes ao tema, importante citar o parecer do professor Yves La Taille, estudioso da área da criança e adolescente.

O primeiro ponto que La Taille deixa claro, é que a publicidade cria desejos não só nas crianças e adolescentes, mas também nos adultos. A criança não é um ser passivo, mas é influenciável. A sedução imposta a objetos muitas vezes inúteis, principalmente em famílias de baixa renda, pode gerar um estresse familiar. Os pais muitas vezes optam por não comprar os objetos (frustrando a criança e a si próprio muitas vezes) ou ainda podem comprar e deixar faltar outros itens essenciais para o desenvolvimento dos filhos (2008, p. 9-11).

Um segundo ponto destacado pelo autor, é a famosa manipulação. Ele parte do princípio de que nem sempre a manipulação é algo ruim, o que não é verdade. “O

problema moral ocorre quando o beneficiário da manipulação é o manipulador, e não a pessoa manipulada”. É inegável que o objetivo final da publicidade é vender o objeto anunciado, e para isto penetram na psique humana. As crianças, psicologicamente falando, não possuem “a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto”. Pode-se traduzir isso como “deficiência de julgamento” (texto que está no CDC), que, por consequência, terá menor capacidade de resistência mental aos apelos publicitários. Para a psicologia a capacidade de resistência mental abrange autonomia e força de vontade (LA TAILLE, 2008, p.11-12).

A autonomia, seja ela moral ou intelectual, vai sendo construída durante a vida, e em média é necessário esperar até os 12 (doze) anos de idade para que se complete. Com isso, pode-se afirmar que a criança não tem o mesmo senso crítico que um adolescente ou adulto. Vale ressaltar que o adolescente apesar de ter autonomia moral e intelectual comparada a de um adulto, não tem a mesma resistência mental por não possuir a mesma experiência de vida. Já a força de vontade precisa ser diferenciada da vontade. A primeira possui uma “energia afetiva mais forte”, do que a última que pode ser traduzida como “uma energia afetiva passageira e isolada”. As crianças estão mais sujeitas às vontades. Isso não significa dizer que elas não possuem força de vontade, mas é inegável que o que atrai o universo infantil são ações momentâneas, tanto porque nessa idade ainda não há construção de projetos futuros (LA TAILLE, 2008, p. 15 e 16).

Como foi evidenciado no item anterior sobre a televisão (3.1.2), existem duas vias de comunicação persuasiva, a racional e a emotiva. Ferrés sustenta em sua obra que a publicidade utiliza-se de ambas, como se observa nesta passagem:

Desde âmbito da publicidade televisiva é fácil exemplificar os mecanismos da dupla via e as peculiaridades do tipo de pensamento que as sustenta. Utilizar a via racional para a publicidade de um produto supõe oferecer argumentos que avançam sobre as vantagens objetivas deste produto quanto às marcas rivais. No uso da via racional, o receptor necessita ativar o pensamento lógico para medir o valor da argumentação utilizada. Em troca, utilizar a via emotiva supõe conectar o produto com valores emocionais que, desde um ponto de vista lógico, nada têm que ver com ele. Neste caso, o inconsciente do receptor realizará a transferência, provavelmente irracional e inconsciente, dos valores do anúncio para o produto. Vantagens funcionais frente a vantagens emotivas. Persuasão frente à sedução. Convencimento frente a fascínio (1998, p. 59).

Diante da vulnerabilidade e da hipossuficiência, da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, a publicidade para criança deve ser vista de forma especial, devendo ser questionadas por parâmetros diferentes da publicidade geral. Para Benjamin:

[...] tal modalidade publicitária não pode exortar diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; não deve encorajar a criança a persuadir seus pais ou qualquer outro adulto a adquirir produtos ou serviços; não pode explorar confiança especial que a criança tem em seus pais, professores, etc.; as crianças que aparecem em anúncios não podem se comportar de modo inconsistente com o comportamento natural de outras da mesma idade (2013, p. 271).

Além de informar o consumidor para ser eficiente, a publicidade necessita persuadir, seduzir, e por que não falar em manipular (no sentido negativo) o consumidor. Como a criança não tem total desenvolvimento fica exposta a técnicas de manipulação como bem alerta Britto:

A atividade publicitária, no objetivo de promover a informação sobre a existência de produtos e serviços, e com a finalidade de servir para a sua comercialização, o faz pela persuasão do público destinatário das mensagens. Sem a sua eficiência persuasiva, de nada serviria o investimento na comunicação comercial. Ao mesmo tempo, este poder de persuadir da publicidade, e também de seduzir, é que a torna susceptível ao controle legal, haja vista que lhe garante o potencial de manipular a vontade e o desejo d destinatário, em certas circunstâncias e condições, como em sua modalidade subliminar ou quando dirigida ao público infantil (2009, p. 44).

Nesse ambiente de consumismo, os profissionais da área de *marketing* fazem todo o esforço para que as pessoas, inclusive as crianças, adquiram os produtos ofertados, “o *marketing* infantil ignora esses direitos fundamentais e invade o espaço infantil, rompendo com a preservação da integridade deles” (Projeto Criança e Consumo, 2009, p. 21-54).

A publicidade pode ser direcionada a determinada classe, sexo e até mesmo idade – a criança também pode ser alvo da publicidade. O grande interesse do mercado da publicidade no público infantil se dá pelo caráter de vulnerabilidade e hipossuficiência que a criança possui (LESSA, 2011, p. 20).

Não é difícil entender por que hoje em dia existe uma gama imensa de produtos destinados ao público infantil e um bombardeio de publicidade para esse público. É muito mais fácil educar uma criança para ser consumista do que um adulto, assim elas se tornam alvo fáceis e o retorno é garantido.

O retorno é alcançado pelo poder da influência da criança nas decisões de compra na família. Limeira, que estuda o comportamento do consumidor, destaca:

Sobre a influência das crianças na decisão de compra familiar, estudos indicam que as crianças exercem significativa influencia em várias decisões de compra. A maior influencia das crianças ocorre quando elas são as próprias usuárias, como na compra de bala, chocolates e brinquedos, ou quando estão diretamente envolvidas, como na decisão sobre o local de férias. Quando as crianças possuem mais informação do que os pais, como no caso de aparelhos eletrônicos e computadores, as crianças podem exercer maior influência na escolha. Também as crianças influenciam na escolha de alguns atributos de produtos como cores, estilos, modelos e marcas (2008, p. 183).

Pesquisa do ano de 2003 aponta que a influência das crianças no poder de compra pode chegar a 80% (oitenta por cento), sendo que 38% (trinta e oito por cento) influenciam fortemente, 42% (quarenta e dois por cento) influenciam pouco e 20% (vinte por cento) não influenciam nada. Entre os fatores que mais influenciam o consumo de produtos infantis, a propaganda na TV é responsável por 54% (cinquenta e quatro por cento) entre crianças até 6 (seis) anos de idade, 87% (oitenta e sete por cento) entre crianças de 7 (sete) a 10 (dez) anos e 90% entre 11 (onze) a 13 (treze) anos. Os números das pesquisas possibilitam deduzir que as crianças até 6 (seis) anos são mais influenciadas por personagens famosos e embalagens, as de 11(onze) a 13 (treze) anos, além da propaganda, são também influenciadas pela marca conhecida e por ser usada ou indicada pelos amigos (InterScience 2003).

A única cultura que sobrevive na atual sociedade é a cultura ao consumo e o treinamento para isso começa antes mesmo de a criança aprender a ler. Assim, as crianças devem também desempenhar seu papel de consumidor dentro da sociedade e isso se realiza através da compra das mercadorias expostas nas lojas e que dão ao seu

comprador um valor de mercado, tornando o consumidor em mera mercadoria (BAUMAN, 2008, p. 73).

4.1.4 Impactos negativos gerados pela publicidade

São inegáveis os impactos negativos gerados pela publicidade ao público infantil. O maior prejuízo é em relação à formação da personalidade da criança, além, é claro, dos perigos à saúde e à integridade física (HENRIQUES, 2006, p. 188).

Em livro organizado publicado pelo Projeto Criança e Consumo, as principais consequências são: mudanças do comportamento, transtornos alimentares e obesidade, erotização precoce, estresse familiar, violência e delinquência e também alcoolismo. A seguir será abordado item a item para melhor compreensão.

4.1.4.1 Mudanças do comportamento

Como a criança ainda não possui total discernimento para entender as mensagens publicitárias, e muitas vezes pensam ser real tudo que assistem, a publicidade faz com que o público infantil acredite que para encontrar a felicidade é necessário comprar o produto anunciado. A criança “passa a condicionar seu estado de espírito ao consumo, tornando-se compulsivo” (LESSA, 2011, p. 22).

Nesse sentido, pode-se dizer que “a publicidade forja um conceito vazio de felicidade” e passa a consumir e descartar, e novamente consumir, pois nunca conseguirá preencher o vazio e obter satisfação através de nenhum objeto (Projeto Criança e Consumo, 2009, p. 17).

Publicidades geram, no final das contas, tristezas, decepções e frustrações por motivos fúteis e banais – tais como o de não possuir determinado produto ou de não usufruir determinado serviço – que nunca seriam dessa forma vivenciados pela criança. Ou, quanto pior, geram inveja, ganância, gula e um consumismo despropositado (HENRIQUES, 2006, p. 188).

Imerso na compulsão que leva ao consumismo, a criança passa a valorizar mais o “ter” do que o “ser”. O marketing infantil que estuda o comportamento da criança sabe que elas necessitam ser aceitas socialmente e utilizam essa fragilidade para criarem “máscaras” que serão utilizadas por elas para que sejam aceitas. Assim, “as relações afetivas passam a ser medidas pelas relações de consumo”; por isso; elas adaptam-se rapidamente aos modismos criados pela publicidade (Projeto Criança e Consumo, 2009, p. 17-18).

Dallari alerta:

[...] é preciso que as pessoas aprendam desde a infância a não valorizar demais as riquezas materiais. Nas sociedades modernas, sobretudo onde prevalecem os valores do capitalismo, os seres humanos são avaliados pela riqueza que possuem (2004, p. 65).

A publicidade massifica a vontade das crianças. Para serem aceitas, precisam adquirir o produto do momento, retirando sua criatividade e diversidade, “verdadeira riqueza humana”, levando ao encurtamento da infância. Também prejudica a criatividade brinquedos com ideias prontas, ideias muitas vezes geradas pelos comerciais com efeitos especiais. As crianças necessitam relacionar-se com seus brinquedos para o desenvolvimento da sua afetividade, e o descarte de brinquedos prejudica a construção de relações mais sólidas (Projeto Criança e Consumo, 2008, p.18-19).

A publicidade, muitas vezes, coloca em risco a segurança da criança, pois ela não consegue diferenciar a realidade da fantasia, e os efeitos especiais de muitos comerciais podem não ser compreendidos apesar do alerta “não tente fazer isso em casa”, que é traduzido, muitas vezes, pela criança como “faça isso em casa” (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 20-21).

4.1.4.2 Transtornos alimentares e Obesidade

Segundo os números do Projeto Criança e Consumo, 30% das crianças brasileiras estão acima do peso, contra 35% (trinta e cinco por cento) em nível mundial.

Do total de publicidade dirigida à criança, 50% (cinquenta por cento) são de alimentos e desse percentual 80% (oitenta por cento) são de alimentos não saudáveis (2008, p. 23).

No entanto, a própria publicidade, que incentiva a criança a comer produtos que os tornam obesos, apresenta como padrão de beleza, pessoas magras. “O bombardeio das publicidades é ambíguo: tanto incentiva comer quanto condena quem não é magro e esbelto ao enaltecer essas características nos personagens das publicidades”. Como visto anteriormente, a criança e o adolescente procuram aceitação social imitando o padrão de comportamento de seu grupo, assim muitas irão sofrer de bulimia e anorexia, para tornarem-se magras e esqueléticas conforme padrão exigido (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 23-24).

A obesidade infantil e os transtornos alimentares, como anorexia e bulimia, também são problemas que podem surgir com a banalização do consumo prejudicial à criança e adolescente. Boa parte da publicidade voltada às crianças nos meios de comunicação acessíveis a elas são de alimentos, sendo que predominam os anúncios de fast foods, de modo que a criança é exposta a um excesso de anúncios voltados ao consumo de alimentos pobres em nutrientes e que, em demasia, são nocivos à saúde (LESSA, 2011, p. 22).

Há uma oferta desmedida de alimentos, e isso gera uma compulsão por comer. Além disso, muitas empresas em seus apelos promocionais incentivam o consumo através de prêmios, como brinquedos. É importante que a criança não confunda a hora de comer com a hora de brincar, e mais, que ela não se condicione à comida (no caso de baixo valor nutritivo) com a gratificação (brinquedo). A memória alimentar é construída desde a infância; por isso, é importante que as crianças experimentem alimentos naturais e saudáveis. “Quanto mais células gordurosas uma criança adquirir na infância, mais difícil será, para ela, estar no peso ideal na idade adulta” (Projeto Criança e Consumo, 2009, p. 25-27).

Silva aponta que existem posições contrárias como a do presidente do CONAR, Gilbert Leifert, que defende que a obesidade infantil como outros problemas relacionados com a alimentação não podem ter um único culpado, no caso a publicidade. Mas Silva alerta:

É claro que a publicidade de alimentos de baixo teor nutritivo, com excesso de sal, açúcar ou gordura, não pode ser considerada única responsável por nada. Muito menos é possível ver algum nexo de causalidade entre publicidade e obesidade. Mas isso não porque a publicidade não tem nenhum papel nesse problema de saúde pública, mas apenas porque “nexo de causalidade” é uma expressão tão sem sentido nesse contexto que é necessário desmistificá-la desde já. O que pode *causar* obesidade é a ingestão desmedida de produtos com alto teor de gordura e açúcar, por exemplo... Neste sentido, a publicidade obviamente não *causa* nada. Mas ela é um fator – não o único, saliente-se também – que pode influenciar alguém em seus hábitos de consumo de alimentos com alto teor de açúcar ou gordura, então ela é uma variável nesse problema complexo que é a obesidade infantil (2012, p. 15).

O Ministério Público vem atuando conforme seu dever, no que tange a denúncias de publicidades abusivas que incentivam o consumo de alimentos e bebidas com baixo valor nutritivo. São consideradas abusivas “porque atentam contra saúde da criança”. Empresas como Coca-Cola, AMBEV, McDonald’s, são exemplos de alvos do Ministério Público. Um dos pedidos do Ministério Público em suas petições iniciais é “que fossem proibidas as publicidades que associem o consumo de produtos em questão a uma vida saudável”. Outro pedido é “que fossem as empresas condenadas a não promover concursos, nem distribuir brindes ou prêmios para incentivar o consumo dos produtos questionados”. Algumas ações foram consideradas improcedentes, outras parcialmente procedentes, sendo que uma lei federal específica sobre a publicidade infantil seria a forma mais acertada de resolver esses conflitos (HENRIQUES, 2006, p.192-195).

4.1.4.3 Erotização Precoce

A criança, por volta dos seis anos de idade, segundo teoria psicanalítica, entra em uma fase de latência, e ela deve permanecer para que se desenvolva corretamente até o início da adolescência. Nessa fase, a criança irá construir “barreiras psíquicas que ajudarão, mais tarde, a conter e administrar o instinto sexual”. Porém, se ela for despertada poderá em consequência apresentar vários distúrbios (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 30-31).

A exploração sexual infantil, a gravidez precoce, a violência, o mercantilismo sexual e a perda da autoestima são alguns dos retornos negativos que os altos investimentos da publicidade que explora a erotização na infância podem causar (Projeto e Consumo, 2008, p. 29).

A publicidade infantil, inúmeras vezes, oferta produtos incompatíveis com a idade da criança, atropelando a infância. Dentre esses produtos ofertados que encurtam a infância podem-se citar: bonecas com corpo de mulher sensual e resolvida (ao invés de bebês), batom, roupas sensuais, sapatos de salto. “Antecipar a fase adulta desvaloriza o gosto de ser criança” (Projeto e Consumo, 2008, p. 31-33).

Para Lessa, como a criança ainda não possui estrutura física e nem psicológica para decifrar as mensagens que chegam através da publicidade, que inclui a criança no mundo adulto, o resultado é a perda de valores e a erotização precoce (2011, p. 22).

4.1.4.4 Estresse Familiar

Na sociedade atual, exige-se que as pessoas sejam consumidores exemplares e não consumidores falhos. Para conseguir adquirir os produtos anunciados e satisfazer os desejos dos filhos, que viram necessidades, muitos pais se ausentam de casa, deixando as crianças expostas aos diversos apelos publicitários. Os pais, diante de apelos insistentes de seus filhos por produtos anunciados, muitas vezes acabam cedendo e consumindo, até para fugir de lhes dizerem “não” incansáveis vezes (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 35-36).

A autoridade paterna entra em conflito com os interesses da criança. Refém da publicidade abusiva, a criança insiste no consumo, causando aos pais o esgotamento e a própria cessão. Presencia-se, assim, o estresse, o desgaste familiar. Tirar da criança a ideia de autoridade conferida aos pais é um grande problema que traz consequências para o resto da vida da criança, desestabilizando, de toda forma, a família (LESSA, 2011, p. 23).

Apesar de proibido pela autorregulamentação (CONAR), os comerciais induzem as crianças a serem persistentes na hora de pedir aos pais que compre o

produto anunciado. Como a lógica da sociedade atual é o consumismo extremo, as crianças e os pais acreditam que só conseguirão ser felizes e incluídos na sociedade quando consumir os produtos “da moda”. O investimento com publicidade no Brasil em 2006, para produtos destinados à infância, foi de R\$ 209,7 milhões, e cada vez mais há “licenciamento de personagens de televisão e cinema para brinquedos e alimentos”. Diante da forte indústria e seus apelos, os pais sentem cada vez mais dificuldades de combater o assédio da publicidade infantil (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 41-43).

Sem condições de resistir à pressão da publicidade, elas acabam induzindo os pais a se afogarem em crediários e gastos supérfluos, concorrendo para o aumento da inadimplência e comprometendo a harmonia familiar. Em função destas manobras, hoje, as crianças participam em 80% do processo decisório das compras da família (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 39-40).

A publicidade faz com que a presença dos pais na educação das crianças pareça ser desnecessária. Ela diminui e “menospreza a competência dos pais em educar os filhos” (Projeto Criança e Consumo, 2008 p. 41-42):

Um exemplo desta manobra foi veiculado, há pouco tempo, em um comercial mostrando dois automóveis, sendo um equipado com um aparelho de DVD e outro não. Para vender o produto, a mensagem mostra que, no carro sem o aparelho, os pais estão desesperados por não saberem como conter os conflitos entre os filhos. Já no carro equipado com o aparelho, o clima é de total tranquilidade. Além de desmerecer a competência dos pais em educar os filhos, a mensagem sugere que o comportamento das crianças quietinhas frente à tela do DVD – e isoladas entre si – é um exemplo de conduta a ser seguida (Projeto Criança e Consumo, 2008, p. 41-42).

As relações sociais cada vez mais sofrem influências do consumismo. É importante que a família tenha um diálogo aberto, e as crianças sejam educadas desde pequenas para que a influência da publicidade prejudique o mínimo possível seu desenvolvimento. Só que a realidade da família brasileira é bem diferente da ideal, geralmente os pais estão ausentes de casa para conseguir mais dinheiro para satisfazer seus desejos e de seus filhos. Não têm um diálogo aberto, não têm educação e argumentos e são manipulados como as crianças. O ciclo nunca se fecha, gerando um

estresse cada vez maior, para poder adquirir os produtos anunciados e para conseguir negar aos filhos o que não podem adquirir.

4.1.4.5 Violência e Delinquência

A publicidade seduz tanto quem pode quanto quem não pode comprar os produtos anunciados. Para a maioria das crianças o desejo despertado pela publicidade deve ser atendido, tornando-se cada vez mais intolerantes com as negativas que recebem. Essa frustração gerada por não poder adquirir os produtos, pode contribuir para a decisão de obter o produto à força, pois como todos, essas crianças querem ser incluídas na vida social. Por isso, “o roubo é também uma busca pela inclusão social” (Projeto e Consumo, 2008, p. 45-47).

Pesquisa realizada pela Fundação Casa (antiga Febem) revela o que os adolescentes delinquentes recolhidos até 2006 objetivavam:

A crença de que poderão ser inseridos socialmente se puderem possuir os mesmos objetos que outros cidadãos mais afortunados possuem, é muito forte entre eles. A apuração final da pesquisa revelou que, dentre todos os delitos, a maior incidência é a de roubos qualificados, ou seja, 53,35% enquanto os crimes contra a vida oscilam na faixa dos 10%. Portanto, além das justificativas dadas por eles para as infrações cometidas, o tipo de delito predominante na pesquisa confirma que a razão de roubarem é, antes de tudo, a convicção de que as pessoas são tão valiosas quanto os objetos que podem comprar (Projeto e Consumo, 2008, p. 46-47).

Pode-se concluir que muitos furtos praticados por adolescentes ou mesmo crianças é apenas uma tentativa de inclusão social. As crianças e adolescentes necessitam serem aceitas, e por consequência da publicidade, necessitam daquele produto que foi anunciado. Como os pais não possuem condições financeiras (às vezes nem possuem família), resta a elas praticar delitos para conseguir o objeto desejado.

4.2 FUNDAMENTO PARA A PROIBIÇÃO DA PUBLICIDADE (DIAS P. 183)

Para responder a pergunta se a publicidade deve ou não ser proibida, deve-se antes de mais nada perguntar-se: Que modelo de sociedade gostaríamos de viver?

Verona, presidente do Conselho Federal de Psicologia de 2008, respondeu que a instituição da qual faz parte, está “à serviço da construção de um modelo de sociedade que aponte para o fim das desigualdades, violência e privação de direitos que geram graves prejuízos à constituição das identidades democráticas”(2008, p.7).

Essa perspectiva parece ser a mesma que a Constituição Federal de 1988, trouxe para a sociedade brasileira, no art. 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 2013-a).

No entanto, segundo Verona, a publicidade dirigida à criança, é uma violência contra as mesmas, e acrescenta que “interesses de consumo interferem no desenvolvimento da cidadania do nosso povo” (2008, p. 7-8).

A publicidade dirigida à criança deve ter limites restritos porque a criança, diferentemente do adulto, não possui discernimento para compreendê-la em sua magnitude. Para a criança é difícil, e até mesmo, reconhecer a mensagem publicitária como prática comercial que é, ainda que não seja clandestina, subliminar e disfarçada. Ao contrário do adulto, que possui mecanismos internos para compreender as diversas artimanhas utilizadas pela publicidade, a criança não tem condições de se defender dos instrumentos de persuasão criados e utilizados pela tão poderosa indústria publicitária. Deve, por isso, ser cuidadosamente protegida (HENRIQUES, 2006, P. 145).

As crianças e adolescentes possuem “condição peculiar de pessoas em desenvolvimento” (art. 69, ECA). Assim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, §2º, tipificou como publicidade abusiva aquela que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança” para chegar ao seu objetivo, o consumo de produtos e serviços.

Para Henriques a publicidade para criança é mais eficiente do que para o adulto. Ela alcança maior resultado na comercialização do produto anunciado justamente

porque é abusiva. É abusiva porque se beneficia da “deficiência de julgamento” da criança, quanto mais nova for, mais vulnerável e maior o poder de persuasão. Ensina à criança que a felicidade deve ser obtida através do consumo, estimulando o consumismo e contribuindo de forma exponencial para a formação dos valores que terão quando adultos (2006, p. 146-148).

A criança (e o adolescente) é o “público alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários”. Dependendo da idade que a criança possui, ela sequer tem noção de distinguir o que é publicidade e o que é a programação. A norma consumerista, que protege a criança, está em plena harmonia com o artigo 227 da Constituição Federal e com a proteção integral que assegura o Estatuto da Criança e Adolescente (DIAS, 2010, p. 183).

Extraíndo do artigo 71, do ECA, em combinação com o artigo 37, do CDC, encontra-se “fundamento para a proteção da criança e do adolescente contra conteúdo inadequado da publicidade ou programação de rádio e televisão”. No entanto, ressalta Dias, que o § 2º, art. 37, é a única norma que trata sobre publicidade infantil, recaindo sobre o aplicador do Direito, “no exame do caso concreto, avaliar e definir as situações de abusividade direcionadas às crianças” (2010, p. 183-184).

Como visto anteriormente, além do controle do Estado, há a autorregulamentação da publicidade que se faz presente através do CONAR e do seu Código de Autorregulamentação. Em seu artigo 37 (citado no segundo capítulo), o CBAP, traz uma série de advertências que devem ser tomadas quando se faz publicidade para o público infantil. No artigo 37, II, e, CBAP, está previsto que a publicidade infantil “deve abster-se de estimular *comportamentos socialmente reprováveis* para obter o produto anunciado” (DIAS, 2010, p.184).

Caso clássico e conhecido de publicidade reprovada pelo CONAR e órgãos de defesa do consumidor por este fundamento encontra-se na publicidade televisiva do tênis da Xuxa. Nesta peça publicitária, a apresentadora de programa infantil incentivava as crianças a destruírem seus tênis antigos e pedirem aos seus pais o novo “Tênis da Xuxa” anunciado (Representação 081/1992). Em sentido similar, sustou-se comercial veiculado pela Nestlé no qual crianças invadiam um armazém em busca de sobremesas daquela marca. Ao despertarem o vigia do estabelecimento, atiravam contra ele bolinhas de vidro, fazendo com que escorregasse e com isso conseguisse escapar (Representação 43/ 1991) (DIAS, 2010, p. 184-185).

Para Hartung:

Logo, pelos termos dos artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor, interpretados de acordo com as regras de defesa dos direitos da criança, a publicidade dirigida ao público infantil é ilegal, podendo ser tipificada nos crimes previstos nos artigos 67 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor (2012, p. 12).

A autorregulamentação é utilizada como um dos argumentos mais fortes para a não intervenção estatal. Em parecer de Silva, sobre a restrição da publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas voltadas ao público infantil, o autor destaca:

No entanto, no debate acerca da restrição à publicidade destinada a crianças, ao menos nos termos do teste da proporcionalidade, a autorregulamentação poderia ser pesada como uma alternativa à regulamentação estatal (incluindo a vedação total de alguns tipos de publicidade) apenas se se mostrar tão eficiente quanto a medida estatal cogitada. O simples fato de a autorregulamentação ser talvez menos restritiva de direitos do que a regulamentação estatal não é suficiente. A razão é trivial: se bastasse ser menos restritiva, toda medida estatal, em qualquer âmbito dos direitos de liberdade, seria desproporcional, porque sempre haveria uma alternativa – a omissão estatal- porque *a omissão é sempre a medida menos restritiva de todas*. Não fazer nada em relação à publicidade é, por razões óbvias, menos restritivo ao direito à publicidade do que fazer alguma coisa, não importa o quê. É por essa razão que o exame da necessidade de uma medida envolve *duas* variáveis e *ambas* têm que ser atendidas. Assim, uma medida só é uma verdadeira alternativa se for, ao mesmo tempo, tão eficiente quanto e menos restritiva do que a medida estatal adotada (2012, p. 25).

Como enfatiza Freitas, o CONAR surgiu, “por iniciativa dos publicitários, visando a proteger-se contra a concorrência desleal”. Assim a autora chega à conclusão de que “somente o Estado se mostra atuante nos casos de abuso publicitário com mensagens direcionadas à criança” e mais, que a “autodisciplina do controle privado é promovida pela edição de código de ética ou conduta cujas normas não possuem juridicidade” (2011, p.7-8).

Nesse mesmo sentido, ao fazer o teste da proporcionalidade em sentido estrito e a possibilidade de restrição total à publicidade de determinados produtos ao público infantil, Silva aduz:

Em todos os casos, a possibilidade de restrição total individual é justificada pela aplicação da regra de proporcionalidade. Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau da realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas *constitucionais* (2012, p. 26).

Silva acrescenta:

O Direito, por sua vez, não caminha na mesma celeridade e modernização que os meios de comunicação. No Brasil, conforme dito, o ordenamento jurídico não tem sido capaz de impor limites às práticas mercadológicas publicitárias abusivas. Por esse motivo, afrontas aos preceitos fundamentais constitucionais e outras garantias direcionadas à tutela infantil são comuns e o desenvolvimento saudável do infante fica cada vez mais à mercê de abusividades mercadológicas (2011, p.11).

O objetivo mais importante do parecer “era o de demonstrar que não existe um direito absoluto à publicidade, o que leva à conclusão de que esse direito pode, como todo direito, ser restringido” (SILVA, 2012, p. 27).

4.2.1 Projeto de Lei 5.921/ 2001

O Projeto de Lei que regula a publicidade infantil, PL 5.921/ 2001, proposto pelo deputado Luiz Carlos Hauly, tinha como objetivo proibir a veiculação de publicidade para crianças, incluindo no art. 37, o § 2º - A com o seguinte teor:

Art.37

[...]

§ 2º - A. É também proibida a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança.

No entanto, esse remédio foi considerado excessivo, conforme seguem as palavras do relator Deputado Osório Adriano em 2008:

[...] Acreditamos que a proposição original, de autoria do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly, ao tentar estabelecer limites para a má publicidade voltada ao

público infantil, acabou por se revelar remédio excessivamente radical, capaz de matar o paciente (ANEXO A).

O projeto está tramitando há mais de doze anos e, segundo o Instituto Alana, que defende o fim da publicidade infantil, parece que não há vontade política. Nos últimos dias (setembro de 2013), o projeto perdeu sua conclusividade e devido a forte movimentação da sociedade organizad, recuperou. Segue reportagem do site da Alana:

Houve forte movimentação na tramitação do PL 5.921/2001, que em apenas uma semana foi colocado na pauta de sessão ordinária da CCTCI, teve a votação adiada, foi retirado da CCTCI para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), perdeu e recuperou sua conclusividade, voltou para a apreciação dos deputados da CCTCI e finalmente foi votado.

Confuso? Entenda melhor.

03/09 – O Dep. Julio Delgado (PSB-MG) apresenta requerimento para pedir a retirada do PL 5.921/2001 da CCTCI. Informação não constou no acompanhamento da tramitação no site oficial da Câmara, como determina o princípio de publicidade e transparência da casa.

06/09 – PL 5.921/2001 entra na pauta de votação da CCTCI, em sessão ordinária agendada para 11/09.

11/09 – Sessão ordinária para votação de diversos projetos de lei inclui o PL 5.921/2001. Reunião termina com pedido de vistas para que o PL fosse votado no dia 18/09.

12/09 – Aprovação do presidente da Câmara para retirada do PL da CCTCI e perda de sua conclusividade. Informação foi divulgada no mesmo dia no site oficial para acompanhamento da tramitação do PL.

16/09 – PL 5.921/2001 é novamente incluído na pauta de sessão ordinária da CCTCI para votação.

17/09 – Boletim de acompanhamento da tramitação do PL divulga informações novas, em uma grande reviravolta. O projeto de lei recupera seu caráter de conclusividade e, por enquanto, não terá de passar pelo Plenário da Câmara.

18/09 – Em sessão ordinária, o deputado Sandro Alex (PPS-PR) apresenta voto em separado com o texto substitutivo aprovado em 2009 na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). Proposta é aprovada na CCTCI e PL 5.921/2001 deve seguir para apreciação na CCJC (ALANA, 2013)

O novo substituto (ANEXO B) que se encontra para votação é o que foi encaminhado em setembro de 2013, pelo relator Deputado Salvador Zimbaldi, restringe a publicidade infantil, mas não a proíbe integralmente como era o objetivo inicial.

4.2.2 Autonomia da família

As objeções levantadas pelas críticas das pessoas desfavoráveis à proibição ou restrição da publicidade ao público infantil, baseiam-se em duas premissas: a autonomia familiar e a liberdade de expressão.

Principalmente no Brasil, onde o processo de democratização é recente, muitas pessoas são contra o paternalismo estatal e contra qualquer regulamentação estatal. No entanto esquecem que a intervenção do Estado, como na própria educação das crianças é inafastável (SILVA, 2012, p. 9).

É bem verdade que, em muitas famílias estruturadas, com boas condições financeiras, com acesso a informações, “os efeitos da publicidade são bastante minimizados por meio da ação esclarecedora e educadora de pais e mães”. Com certeza, nessas famílias, o nível de influência da publicidade nas crianças seria muito mais ínfimo, do que em famílias sem essas características (SILVA, 2012, p. 9).

A regra geral de família hoje é muito diferente da de antigamente, onde geralmente a mãe ficava em casa e cuidava de perto da educação do seu filho. Como já visto, a televisão faz parte do dia a dia de quase toda criança e é quase impossível não deixar os filhos expostos aos apelos publicitários. A autorregulamentação não parece ser uma forma eficiente de proteger as crianças e a intervenção estatal é uma possibilidade mais sensata para resolver a questão (SILVA, 2012, p. 10).

Neste ponto, é interessante dar uma passada de olhos em pesquisa sobre publicidade infantil realizada pelo Datafolha. À pergunta “os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças prejudicam o hábito alimentar de seus filhos?”, 79% dos entrevistados responderam que sim. E à pergunta “os comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis dificultam os seus esforços para educar seus filhos a se alimentar de forma saudável?”, 76% dos entrevistados responderam afirmativamente (SILVA, 2012, p.10).

É muito importante que se preserve o âmbito familiar da intervenção estatal. É importante que pai e mãe possam educar seus filhos da maneira que achem adequada. Por outro lado, é importante que se compreenda que o Estado participa da educação das crianças, e a própria Constituição exige que não só a família se responsabilize por elas,

mas também a sociedade e o Estado. O difícil é conseguir um equilíbrio entre essas forças, mas o principal objetivo sempre deve ser o desenvolvimento integral de toda criança e adolescente.

4.2.3 Liberdade de expressão

Para entender o conceito de liberdade de expressão a princípio é necessário um breve histórico da palavra liberdade. A liberdade é essencial para que o indivíduo alcance o seu pleno desenvolvimento. Ela é inerente a todo ser humano para que encontre sua integridade. No entanto, ao longo do tempo, a liberdade vem modificando seu significado (MEYER-PFLUG, 2009, p. 27-28).

A liberdade também pode ser definida pelos seus aspectos positivos ou negativos. No negativo, que seria a liberdade dos modernos, "consiste no direito do indivíduo de não sofrer qualquer impedimento no exercício de uma atividade ou na realização de algo que deseja". Por outro lado, a liberdade positiva, denominada também como a liberdade antiga, ao invés de proteger o indivíduo protege o cidadão para que este se autogoverne, "corresponde ao poder de participar das decisões políticas de uma sociedade" (MEYER-PFLUG, 2009, p. 29).

A Constituição Federal de 1988 assegurou amplamente seu texto a proteção à liberdade em seus mais diversos aspectos, definindo-a como direito fundamental, cláusula pétrea e como tal insuscetível de alteração por meio da edição de emenda constitucional. Isso significa que a liberdade constitui-se em núcleo essencial do Texto Constitucional de 1988. O sistema constitucional pátrio protege a liberdade em suas mais variadas formas (MEYER-PFLUG, 2009, p. 32).

Já no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 encontra-se assegurado o exercício da liberdade no Estado Democrático de Direito.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 2013-a).

A liberdade está presente no caput do art. 5º da Constituição Federal, que também é assegurada em alguns dos seus incisos citados a seguir: (IV, VI, IX, XIII, XIV, XV, XVI, XVII).

Ainda falando em liberdade, a Constituição Federal consagra a liberdade de associação sindical ou profissional (art. 8º, caput), a liberdade dos partidos políticos de criação, fusão, incorporação e extinção (art. 17), a liberdade da livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, caput, IV, e parágrafo único), a liberdade de ensino (art. 206, II) e por último, mas não menos importante, a liberdade de comunicação e a proibição de qualquer censura (art. 220).

Tavares, analisando as liberdades públicas classifica e destaca as seguintes liberdades:

a) liberdade de circulação e locomoção; b) liberdade de pensamento e de expressão intelectual; c) liberdade de informação, comunicação e expressão; d) liberdade de associação; e) liberdade de reunião; f) liberdade econômica (iniciativa e concorrência); g) liberdade de consciência religiosa (crença, culto, liturgia) (2008, p. 577).

A princípio a liberdade de expressão era garantia de proteção do Estado, da Igreja e dos indivíduos. E as instituições (como o Estado e a Igreja), se fossem atacadas, teriam o poder e autoridade para limitar a liberdade de expressão do indivíduo. Atualmente, com o estabelecimento da democracia do Estado e a livre manifestação religiosa garantida na Constituição muda o modo como essa liberdade de expressão é analisada (MEYER-PLUFG, 2009, p. 91-92).

Essa transformação de paradigma vai influenciar significativamente a proteção conferida à liberdade de expressão, ou seja, o Estado não vai combater agora ataques a sua honra, considerada como honra pessoal, mas sim vai proibir as manifestações de opinião que representem um ataque ao seu fundamento de legitimidade. Essas manifestações seriam capazes de suscitar atos violentos, de conspiração, de apologia ao crime, ou ainda, quando elas próprias são provocadoras como no caso do discurso do ódio (MEYER-PLUFG, 2009, p. 92).

Faz-se necessário esclarecer o que seria a liberdade de expressão. Como pode ser analisada nos artigos citados anteriormente, “a liberdade de expressão é uma das dimensões do direito à liberdade”. No entanto tanto a doutrina quanto a legislação (Constituição), utilizam o termo “liberdade de expressão” de maneira imprecisa. No art. 5º é assegurada a “livre manifestação do pensamento” e no inciso IX “a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”, sendo as duas manifestações de liberdade de expressão. O que diferencia é que uma é a “manifestação de sensações e sentimentos”; e a outra, a “manifestação de opiniões, ideias ou convicções”, ou seja, a liberdade de pensamento (MEYER- PFLUG, 2009, p. 34).

Para Farias, a liberdade de expressão está dispersa pela Constituição Federal e o autor reúne de maneira sistemática da seguinte forma: “liberdade genérica de expressão do pensamento” (art. 5º, IV), tanto no aspecto positivo de poder exprimir o seu pensamento, como no aspecto negativo de não emitir seu pensamento (art. 5º, LV c/c art. 14); “liberdade de expressão de consciência e de crença religiosa” (art. 5º, VI); “liberdade de expressão filosófica e política” (art. 5º, VIII); “liberdade de expressão artística e científica” (art. 5º, IX) (2004, p.152-160).

Há, portanto uma imprecisão sobre o que seria liberdade de expressão, tanto pelos doutrinadores quanto pela legislação brasileira. O que parece ser consenso é a larga extensão do seu conceito, que abrange desde a liberdade de pensamento, a liberdade de externar os sentimentos e emoções, quanto a liberdade intelectual. Em suma, “a liberdade de expressão é direito genérico que finda por abarcar um sem-número de formas e direitos conexos”. As espécies do gênero seriam: “liberdade de manifestação de pensamento; de comunicação; de informação; de acesso à informação; de opinião; de imprensa, de mídia, de divulgação e de radiodifusão” (TAVARES, 2008, p. 577-579).

No entanto, a liberdade de expressão não é um direito absoluto, assim “para que determinada ação encontre guarida no seguro porto da liberdade de expressão, tem-se como requisito que o exercício desse não prejudique ninguém, em nenhum de seus direitos”. As limitações da liberdade de expressão encontram fundamentos na necessidade de harmonização com os direitos individuais, pois não pode ser usada para desrespeitar ou ameaçar o direito da personalidade (TAVARES, 2008, p. 585-586).

Uma das linhas críticas adotadas pelos que são contrários à ideia da proibição da publicidade infantil é baseada na afirmação: “que o exercício da publicidade é um exercício de liberdade de expressão”. Mesmo sendo uma garantia constitucional, a liberdade de expressão pode ser restringida. Assim, a atividade publicitária em consequência também poderá ter restrição, desde que essa restrição passe pelo “teste de proporcionalidade” (SILVA, 2012, p. 30).

Silva nem sequer considera a liberdade de se fazer publicidade como uma forma de liberdade de expressão:

As crianças são, portanto, alvo lucrativo, e no intuito de legitimar sua atuação abusiva, o mercado se apoia, erroneamente, na garantia fundamental de liberdade de expressão (genuinamente garantia fundamental) e liberdade de se fazer publicidade (um conceito meramente comercial) são amplamente distintos e não possuem o mesmo tratamento constitucional (2011, p. 10).

A restrição à liberdade publicitária não é direito absoluto, assim como qualquer direito para ser restringido deve-se aplicar a regra da proporcionalidade. A regra da proporcionalidade é aplicada em três passos: primeiramente saber se a restrição é um meio adequado (isso não significa dizer que é a única maneira); o exame da necessidade é o passo seguinte; e por fim a proporcionalidade em sentido estrito, isto é:

Se há razões suficientes para a restrição, ou seja, se o grau de realização do direito colidente justifica o grau de restrição ao direito atingido (vida, liberdade, propriedade), e assumindo a medida restritiva como adequada e necessária, as restrições são consideradas constitucionais (SILVA, 2012, p. 20-26).

O exercício da liberdade de expressão (ou mesmo a liberdade de se fazer publicidade) não pode ser considerado superior à garantia de proteção da criança. A Constituição é clara e objetiva quanto essa proteção da infância e “coloca a criança a salvo de qualquer evento que seja capaz de dificultar seu desenvolvimento sadio” (SILVA, 2011, p. 18).

Portanto, mesmo que sendo garantia constitucional o direito à publicidade, não significa afirmar que esse direito é um direito absoluto, visto que a própria Constituição restringe a publicidade de alguns produtos, e mais, o próprio CDC, no art. 37, §2º, inclui

em seu texto como publicidade abusiva aquela que se aproveitar da deficiência do julgamento e da inexperiência da criança.

5 CONCLUSÃO

O principal objetivo do presente trabalho foi o de compreender de que forma os meios de comunicação, através da publicidade e propaganda, presentes principalmente na televisão aberta, interferem no desenvolvimento integral da criança e do adolescente. Também foi objeto de estudo analisar se há na legislação atual fundamentos para a regulamentação estatal da publicidade infantil, e os argumentos contrários a esta regulamentação.

Conforme pode ser extraído do primeiro capítulo, o sentimento da infância é algo relativamente novo na história, somente à partir do XVI é que as crianças despertaram no adulto um sentimento de “paparicação”. Com a CF/88 e o Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tornar-se sujeito de direito. No entanto, na prática e nos tribunais, pelo menos no Brasil, o estigma do “menor” ainda encontra lugar em nosso dia-a-dia, principalmente quando se trata de criança de famílias mais pobres.

Em um segundo momento, foi feita uma análise de como surge a sociedade de consumidores e qual o papel da publicidade em sua consolidação. A sociedade de consumidores mostra-se uma sociedade individualista, imediatista, que busca a felicidade, mas nunca a encontra. A busca pela felicidade é realizada através do consumo, e como há sempre algo novo para consumir, as pessoas estão sempre insatisfeitas. A publicidade é essencial, é o elemento principal para que a relação de consumo aconteça. A publicidade não é algo novo, mas com o advento da televisão, seu poder foi multiplicado e sua função além de informar passou a ser de seduzir.

Ainda no segundo capítulo foi feita uma análise de como está regulamentada a publicidade no Brasil. Identificou-se que o sistema adotado atualmente, é um sistema misto de controle da publicidade, isto é, existe a intervenção estatal de forma ampla (CF/88 e CDC) e a autorregulamentação feita pelo Conar mais específica. Como o Conar é um órgão criado pelos próprios publicitários, sua atuação mostra-se ineficiente e tendenciosa. Em relação à publicidade para o público infantil, há uma lacuna na legislação vigente, e os profissionais do ramo aproveitam-se para cometerem inúmeros abusos.

No terceiro capítulo, foi feito um estudo de como a televisão e a publicidade interferem no desenvolvimento integral da criança. Identificou-se que a televisão está presente na maioria dos lares e o invés de criticá-la, a forma mais eficiente de proteger a criança. É necessário, primeiramente compreender, que a televisão não é algo inofensivo. Os pais, professores, a sociedade em geral, devem exigir programas de maior qualidade, mais educativos, e utilizar o meio para atingir seus objetivos.

No Brasil à partir da década de 80, a publicidade invadiu o universo infantil. As indústrias perceberam que as crianças são alvos fáceis, e que além de produtos para seu universo, elas influenciam as compras dos adultos. Psicólogos alertam aos malefícios que a exposição da criança a tanta publicidade pode gerar, as crianças ainda não possuem um desenvolvimento completo e também não possui a experiência de vida de um adulto. Dentre os prejuízos que a exposição a publicidade abusiva pode trazer as crianças destaca-se: a obesidade, a erotização precoce, o estresse familiar e a violência.

Os defensores de que a publicidade não deva receber intervenção estatal, alegam que a autonomia da família e a liberdade de expressão estariam ameaçadas com esta intervenção. Entendem que a educação faz parte do âmbito privado e que deve a família ter a autonomia de orientar de forma crítica as propagandas assistidas pelas crianças, esquecem eles que a intervenção é feita na educação, e não é considerada algo prejudicial, muito pelo contrário. Quanto a liberdade, ela não deve ser considerada um direito absoluto, aliás, nenhum direito fundamental deve ser considerado, quando existir colisão de direitos há de se realizar a técnica da proporcionalidade.

Apesar de estar regulamentada, a criança é alvo fácil e frequentemente exposta a publicidade enganosa e abusiva. Como a lei não é clara, e o controle da publicidade no Brasil é misto e ineficiente, a indústria e publicitários se aproveitam destas lacunas. É necessária sim a intervenção estatal para que se regularize a publicidade infantil. Nos últimos dias a sociedade civil organizada, bem como a Alana (ONG que luta para a proibição da publicidade infantil), vem pressionando os deputados para que o projeto de lei que regula a publicidade infantil seja aprovado. Apesar do projeto ter sido modificado (de proibição passou para regulamentação), já um passo importante para conter os abusos cometidos contra as crianças.

Ficou comprovado que a televisão e a publicidade, que legitimam a sociedade de consumidores, interferem diretamente no desenvolvimento da criança. Diante dos

riscos e das consequências das quais as crianças se encontram expostas, os argumentos para não intervenção estatal são fracos. Está escrito na Constituição, a prioridade da criança e adolescente não deve ser só resguardada pela família, inclui-se neste rol o Estado e a sociedade em geral.

REFERÊNCIAS

ALANA, **O longo caminho do PL da publicidade infantil**. Disponível em: <http://defesa.alana.org.br/post/61603869703/o-longo-caminho-do-pl-da-publicidade-infantil>, acesso em 17/10/2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Alemã. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

ARIÈS, Phillip. **História social da criança e da família**. 2. ed. Tradução de Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC, 1981. 279 p.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Reimp. Lisboa, Portugal: Edições 70 LDA., 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed.1999.

_____, **Vida para consumo**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____, **A ética é possível no mundo de consumidores**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In **Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto / Ada Pellegrini Grinover...(et al)**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).937p.

_____, **Manual de direito do consumidor**. Antonio Herman V. Benjamim, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 512p.

BITTAR, Eduardo. A violência que se produz de modo simbólico e generalizado na sociedade de consumo atinge todas as classes sociais. In: Projeto Criança e Consumo (Org). **Criança e Consumo Entrevistas – Violência**. São Paulo: Instituto Alana. 2010.

BOTO, Carlota. O desencantamento da criança: entre Renascença e o Século das Luzes. In: FREITAS, Marcos Cezar de; KUHLMANN JR., Moysés (Org.). **Os intelectuais na história da infância**. São Paulo: Cortez, 2002. 503 p.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm, acesso em 25/10/2013-a.

_____, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm, acesso em 25/10/2013-b.

_____, Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm, acesso em 25/10/2013-c.

_____, Lei n. 9.294, de 15 de julho de 1996. **Dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9294.htm, acesso em 25/10/13-d.

BRITTO, Igor Rodrigues. **Proteção dos direitos fundamentais da criança na sociedade de consumo e o controle da atividade publicitária no Brasil.** Tese (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais) Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2009.

CHAMBOULERYON, Rafael. Jesuítas e as crianças no Brasil Quinhentista. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das Crianças no Brasil.** 2. ed. São Paulo. Contexto, 2000. 444p.

CONAR, **Sobre o CONAR.** Disponível em <http://www.conar.org.br/>, acesso em 10/10/2013-a.

_____, **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.** Disponível em: <http://www.conar.org.br/>, acesso em: 10/10/2013-b.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente.** Criciúma: Unesc, 2009.

_____, André Viana; VERONESE, Josiane Rose Petry. O trabalho infantil no Brasil. In: KRISTOFFEL, Lieten (Org.). **O problema do trabalho infantil.** Curitiba: Multideia, 2007. 144p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo.** Rio de Janeiro: Contraponto, 1997. 238p.

DIAS, Lucia Ancona Lopez Magalhães. **Publicidade e direito.** São Paulo: Editora e Revista dos Tribunais, 2010. 317 p.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação : teoria e proteção constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 304 p.
FERRÉS, Joan. **Televisão e educação..** Porto Alegre: Artmed, 1996.180p.

_____. **Televisão Subliminar: socializando através de comunicações despercebidas.** Porto Alegre: Artmed, 1998. 288 p.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto (vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108). Ada Pellegrin Grinover...(et all). 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HARTUNG, Pedro Affonso Duarte. *A Proibição Legal da Publicidade Dirigida à Criança No Brasil*. Disponível em:
http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/artigos/Proibicao_publicidade_infantil_PHartung.pdf. Acesso em 08.2012.

HENRIQUES, Isabella Vieira Machado. **Publicidade abusiva dirigida à criança.** Curitiba: Juruá, 2006.

_____. O vazio da cidadania de consumo. In: FERRARI, Ana Claudia (Coord.); BARROS FILHO, Clóvis de (Org.). **Direito & cidadania.** São Paulo: Duetto Editorial, 2011. (Coleção Ética: pensar a vida e viver o pensamento; 4).

INTERSCIENCE. **Como atrair o consumidor infantil, atender as expectativas dos pais e ainda, ampliar as vendas...** Disponível em:
<http://www.interscience.com.br/site2006/download/estudosInstitucionais/influenciaCrianca.s.pdf>, acesso em 10.10.2013), 2003.

LA TAILLE, Yves de. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança:** A Publicidade dirigida ao público infantil – Considerações Psicológicas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

LESSA, João Marcos Gomes. A regulação da publicidade dirigida a crianças e adolescentes. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação.** Brasília: Instituto Alana, 2011.

LIMA, Miguel M. Alves. **O Direito da Criança e do Adolescente:** fundamento para uma abordagem principiológica. Tese (Doutorado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

LIMEIRA, Tania M. Vidigal. **Comportamento do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2008. 379 p.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor:** o nome regime das relações contratuais. 6. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1433 p

MEYER-PLFUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso do ódio.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 271p.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 592p.

MOMO, Mariângela. **Mídia e consumo na produção de uma infância pós-moderna que vai à escola**. Tese (Doutorado em Educação) Programa de Pós-Graduação em Educação pela Universidade Federal do rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. - 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013-1.1011p.

_____. **Curso de direito do consumidor**. – 8 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013-2.928p.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. 2. ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Projeto Criança e Consumo. **Por que a publicidade faz mal para as crianças**. Instituto Alana. - 2. ed. - 2009.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Lições de direito da criança e do adolescente**. 2. ed. Curitiba. Juruá, 2008. 226p.

ROCHA, Aline Lampert. **UM LUGAR CHAMADO LAR: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL E A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA CRIANÇA E ADOLESCENTE**. 2002. 265 f. Monografia (Mestrado) – Mestre em Direito, UFSC, Florianópolis, 2002.

SANTOS, Fernando Gherardini. Direito do marketing: uma abordagem jurídica do marketing empresarial. (Biblioteca do direito do consumidor; v. 14). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 275p.

SÁ, Simone Maria Andrade Pereira de. Música eletrônica, DJs e consumo. In: FILHO, Clóvis de Barros (Org.); CASTRO, Gisela (Org.). Comunicação e práticas de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007. 190p.

SILVA, Daniela Freitas da. Publicidade Infantil: Limites e proibições à luz dos direitos da criança. In: Projeto Criança e Consumo. Instituto Alana (Org.). **Infância e Consumo, estudos no campo da comunicação**. Brasília: Instituto Alana, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil**. Instituto Alana. São Paulo. 2012.

STRASBURGER, Victor C. **Os adolescentes e a mídia: impacto psicológico**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999. 157 p.

SPERANZA, Henrique de Campo Gurgel. **Publicidade Enganosa e Abusiva**. In: Revista Síntese Direito Civil. Nota: Continuação de Revista IOB Direito Civil e Processual Civil. V.12, n.83, mai/ jun. 2013, p.34-62. Síntese – IOB. São Paulo – SP.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1279p.

TICIANELLI, Marcos Daniel Veltrini. **Delitos publicitários**. Curitiba: Juruá, 2007.

VERONA, Humberto. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**: A Publicidade dirigida ao público infantil – Considerações Psicológicas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Violência Doméstica**: Quando a vítima é a criança ou adolescente – uma leitura interdisciplinar / Josiane Rose Petry Veronese, Marli Marlene Moraes de Costa. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 200p.

ANEXOS

ANEXO A – COMISSÃO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO

PROJETO DE LEI Nº 5.921, DE 2001.

Acrescenta parágrafo ao art. 37, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências”.

AUTOR: Deputado LUIZ CARLOS HAULY

RELATOR: Deputado OSÓRIO ADRIANO

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei nº 5.921 de 2001, do Ilustre Deputado Luiz Carlos Hauly, tem o objetivo de proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança. Para esse fim, propõe o Autor o acréscimo de Parágrafo pertinente ao artigo 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

De início, cumpre assinalar a retificação necessária na Ementa do Projeto em foco, onde se lê equivocadamente o nº da Lei que se pretende alterar como sendo de nº 8.087, quando o correto é nº 8.078. Em, suas justificativas, o Autor ressalta as consequências danosas causadas aos pais, ou às famílias e à sociedade, no seu conjunto, em consequência da publicidade sub-reptícia, principalmente envolvendo imagens de ídolos infantis, com a finalidade de coibir ou chantagear o consumidor, induzindo-o a adquirir bens ou produtos desnecessários, supérfluos ou até prejudiciais, além de incompatíveis com a renda doméstica.

A Proposição transitou na Comissão de Defesa do Consumidor, onde, inicialmente em 2002, teve o Relatório e Voto favorável do primeiro Relator, o nobre Deputado Raimundo Gomes de Matos, não votado no Plenário daquela Comissão face ao arquivamento do Projeto no fim do exercício legislativo.

Posteriormente, desarquivada, a Proposição teve na comissão de Defesa do Consumidor a aprovação na forma de SUBSTITUTIVO apresentado pela RELATORA, a Ilustre Deputada Maria do Carmo Lara.

Este Substitutivo, datado de 25.05.2008, na realidade, altera profundamente a Proposição original, deixando de restringir-se a simples alteração do CDC – Código de Defesa do Consumidor, para configurar-se proposta de uma nova Lei, “dispondo sobre a publicidade e sobre a comunicação mercadológica dirigida à criança ou ao adolescente”.

O SUBSTITUTIVO da citada RELATORA foi aprovado pela Comissão de Defesa do Consumidor, conforme Parecer expedido em 09.07.2008.

No art. 1º, conceitua o que deve ser compreendido por “comunicação mercadológica”, e estabelece a abrangência do dispositivo legal proposto aos veículos de comunicação impressos, radiofônicos, sonorizados, televisados, informatizados, folhetos, prospectos, embalagens e, inclusive, promoções e exposições de produtos para venda e “merchandising”.

No art. 2º o SUBSTITUTIVO estabelece que os efeitos da lei atingirão as crianças com os limites de idade previstos n art. 2º da lei 8.069.

No artigo 3º do citado Substitutivo, explicita-se que a publicidade e a comunicação mercadológicas dirigidas à criança serão proibidas em qualquer horário e por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto.

Neste mesmo artigo, definem-se os atributos, linguagem, forma técnica, etc., que devem configurar a publicidade e a comunicação mercadológicas dirigidas à criança, bem como se proíbe a participação de crianças em qualquer tipo de publicidade ou de comunicação mercadológica.

No art. 4º, o Projeto SUBSTITUTIVO em apreço estabelece princípios gerais a serem seguidos por qualquer publicidade ou comunicação mercadológica.

No art. 5º do SUBSTITUTIVO citado, dispõe-se sobre a proibição de técnicas e termos que possam ser usados na publicidade ou comunicação mercadológicas destinadas ao adolescente.

No art. 6º, são estabelecidas penalidades a serem aplicadas em casos de infração aos dispositivos da lei, pela qual responderão os responsáveis diretos e solidários nela estabelecidos.

No art. 7º, se estabelece que a fiscalização pela aplicação da lei caberá, conjuntamente, ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor e ao Departamento de Classificação Indicativa, ambos do Ministério da Justiça.

No art. 9º, prevê-se a vigência da lei a partir da data da publicação.

Ao Processo do PL nº 5.921 foi apensado VOTO EM SEPARADO do Ilustre Deputado CELSO RUSSOMANNO, membro da Comissão de Defesa do Consumidor, propondo, exclusivamente, alterar o teor do § 2º do art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor que, além das referidas no mesmo artigo, seja também considerada abusiva a publicidade “*que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família*”.

O PL em foco é submetido a esta Comissão para apreciação conclusiva, de acordo com o art. 24, II, do Regimento Interno da Câmara de Deputados.

No prazo regimental transcorrido nesta Comissão, não ocorreu à apresentação de emendas ao Projeto de Lei nº 5.921/2001. É o Relatório.

II – VOTO

Cabe-nos a análise da matéria sob o ponto de vista econômico, em cumprimento às determinações do art. 32, VI do Regimento Interno. Sob tal aspecto, é indispensável tecer alguns comentários, em especial quanto ao Voto exarado pela ilustre Deputada Maria do Carmo Lara, que se transformou no Parecer da Comissão de Defesa do Consumidor, órgão que nos antecedeu na análise da proposição.

As sociedades democráticas, como as que ora construímos, baseiam-se em dois pilares: a liberdade e a responsabilidade. Equilibrar esses princípios é, talvez, a principal tarefa – e, diríamos mesmo, a razão de existência – do Estado.

Quando o Estado se ausenta da regulamentação e da fiscalização, certos aspectos da atividade econômica acabam por exacerbar-se, ultrapassando os limites da boa conduta social.

Por outro lado, o excesso de regulamentos e fiscalização prejudica a atividade econômica, inibe a competição e, por conseqüência, deprime a criatividade. Ainda pior: eleva-se o risco de, transformar-se o Estado no fiscal onipotente, a proibir e tolher tudo aquilo que, em seu julgamento, é nocivo a uma noção de “*bem-estar comum*”.

A competição e a busca do desenvolvimento movimentam a Humanidade desde os seus primórdios. Por outro lado, tão antiga, quanto elas é a idéia da construção de uma sociedade de iguais, onde o bem-estar coletivo está acima das metas individuais.

Infelizmente, a prática tem demonstrado que as tentativas de formar sociedades como a descrita terminam, na maior parte das vezes, em regimes autoritários, com desincentivo à criatividade, abolição da meritocracia, desorganização da atividade econômica, mercado negro, marginalização e informalidade da maioria e privilégios especiais para pequenos grupos encastelados no poder.

O Brasil, a partir da Carta de 1988, fez uma opção clara pelo capitalismo, com todos os seus méritos e defeitos. Capitalismo sem liberdade de decisão sobre o quê, quanto e quando produzir e consumir não existe. Até mesmo nações politicamente fechadas que resolveram adotar o sistema capitalista dão a seus cidadãos e empresários ampla liberdade de decidir sobre tais temas.

A decisão de consumir um produto ou um serviço, embora insignificante quando analisada por si mesma, é parte da grande engrenagem que movimenta a atividade econômica nas sociedades capitalistas. E a publicidade exerce um papel importante – em alguns casos, até mesmo decisivo – na tomada de tal decisão.

Ao divulgar um produto ou serviço, a publicidade, utilizando-se de técnicas específicas, é capaz de aumentar o nível de informação do consumidor, permitindo que este diferencie as várias alternativas colocadas à sua disposição pelo mercado. Muito embora a técnica publicitária aborde elementos subjetivos, como a qualidade, o preço, a exclusividade, a popularidade, etc., ela também fornece ao consumidor informações objetivas que lhe são indispensáveis na tomada de decisão.

Publicidade é, portanto, atividade virtuosa, e não viciosa. Submetese, todavia, como qualquer outra ação humana em ambiente democrático, ao binômio “liberdade/responsabilidade”.

Inúmeros diplomas legais vêm estabelecendo limites à atividade publicitária, muitos deles pertinentes. Assim, a proibição da veiculação de publicidade de tabaco e seus derivados e as limitações à divulgação de certos produtos considerados nocivos à infância e à juventude incluem-se no já extenso rol de restrições específicas.

A elas podemos acrescentar outras, de caráter mais genérico, a maioria das quais contidas no Código de Defesa do Consumidor. Isto, sem contar auto-regulamentação bastante moderna contida no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e implementada com muito rigor e consciência pelo CONAR.

Nesse contexto, acreditamos que a proposição original, de autoria do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly, ao tentar estabelecer limites para a má publicidade voltada ao público infantil, acabou por se revelar remédio excessivamente radical, capaz de matar o paciente.

Por seu turno, o substitutivo aprovado pela Comissão que nos antecedeu almeja regulamentar minúcias da atividade, o que poderá criar novas dificuldades burocráticas no desenvolvimento operacional das empresas.

Adicionalmente, a propositura retira das famílias boa parte do poder de decidir o que é mais conveniente para seus filhos, conforme, aliás, outras tentativas ocorridas recentemente no que se refere à regulamentação externa da programação veiculada pelas emissoras de televisão.

Não nos parece ainda coerente com a nossa realidade, a argumentação de que uma regulamentação abrangente e minuciosa justifica-se porque o nível de evolução consciencial da sociedade em que vivemos - e dos indivíduos que a compõem - estaria aquém dos demais países.

Também entendemos que a criança brasileira não precisa de maior proteção contra a publicidade do que as crianças dos países desenvolvidos, sob a suposição do maior poder aquisitivo e nível de educação formal em existente naquelas nações. Tal abordagem despreza a capacidade dos chefes das famílias brasileiras, independente do seu grau de riqueza ou instrução, de decidir o que é melhor e mais adequado para seus filhos. A respeito, não nos esqueçamos de que o atual Presidente da República, em cujo discernimento do que é melhor para o País repousa com segurança o futuro de toda a nação brasileira, é um exemplo de superação das condições adversas de sua humilde origem familiar, vivenciadas no período de sua infância e juventude.

Desta forma, cremos que a proposta da Comissão que nos precedeu, vem se refletir negativamente no processo de desenvolvimento econômico nacional, configurando excessiva intervenção em atividade já suficientemente regulamentada pela Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Acreditamos que a inserção de dispositivo no próprio Código contribuiria de modo mais eficiente para a

regulamentação da matéria, de modo mais sistemático e, sobretudo, mais consistente com o arcabouço legal e regulatório que já rege as atividades publicitárias no Brasil.

Para tanto, apresentamos o Substitutivo anexo, que consiste em emenda ao atual § 2º do art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, de forma a considerar como abusiva a publicidade que seja capaz de induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Cremos que nossa proposta atingirá os objetivos perseguidos tanto pelo ilustre Autor quanto pelo Colegiado que nos precedeu, mantendo, entretanto, a margem de liberdade com responsabilidade indispensável ao exercício da atividade econômica num regime democrático.

Por todo o exposto, **votamos pela APROVAÇÃO do PL nº 5.921, de 2001 na forma do SUBSTITUTIVO em anexo.**

Sala da Comissão, em de de 2008.

Deputado OSÓRIO ADRIANO
Relator

ANEXO B - CÂMARA DOS DEPUTADOS COMISSÃO DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INFORMÁTICA

PROJETO DE LEI Nº 5.921, DE 2001

Dispõe sobre a publicidade ou propaganda comercial dirigida a crianças e adolescentes, e dá outras providências.

AUTOR: Deputado LUIZ CARLOS HAULY

RELATOR: Deputado SALVADOR ZIMBALDI

I – RELATÓRIO

O Projeto de Lei 5.921/2001, de autoria do nobre Deputado Luiz Carlos Hauly, propõe proibir a publicidade destinada a promover a venda de produtos infantis, assim considerados aqueles destinados apenas à criança. Para esse fim, propõe o Autor o acréscimo de Parágrafo pertinente ao artigo 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Em suas justificativas, o Autor ressalta as consequências danosas causadas aos pais, ou às famílias e à sociedade, no seu conjunto, em consequência da publicidade sub-reptícia, principalmente envolvendo imagens de ídolos infantis, com a finalidade de coibir ou chantagear o consumidor, induzindo-o a adquirir bens ou produtos desnecessários, supérfluos ou até prejudiciais, além de incompatíveis com a renda doméstica. A proposição foi distribuída às Comissões de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática; de Defesa do Consumidor; e de Constituição e Justiça e Cidadania, e está sujeita à apreciação conclusiva pelas comissões.

Nesta Comissão foi apresentada a Emenda modificativa nº 01/11, de autoria do Deputado Mendes Ribeiro Filho, que objetiva tornar o §2º do art. 37 do CDC mais amplo, abrangendo, de forma, completa, sobre suas vertentes, assegurando uma maior proteção à sociedade brasileira, em especial as crianças e adolescentes.

Em 19 de junho de 2013, foi apresentado substitutivo de minha autoria no qual acolhi tal emenda. Por fim, o referido substitutivo desafiou três emendas. A de nº 01/13 e a de nº 2/13 para alterar, respectivamente, o conteúdo do inciso VIII, do art. 3º, e do inciso III, do art. 5º, ambas de autoria do Deputado Duarte Nogueira (PSDB-SP). E a de nº 3/13, que propõe a supressão do inciso IV do art. 3º, de autoria do Deputado José Carlos Araújo (PSD-BA), o que equivale a excluir os serviços financeiros dos itens cujo anúncio é considerado passível de ser nocivo à saúde física e mental de crianças e adolescentes.

II – VOTO DO RELATOR

O Projeto que ora relatamos possui grande relevância para toda a sociedade, uma vez que aborda um tema referente ao cuidado que nós temos, ou deveríamos ter, com nossas crianças brasileiras, pois o dever de cuidar de todas as crianças brasileiras é de todos nós, como Família, Comunidade, Sociedade e Estado. E isso foi determinado com especial ênfase pelo legislador constitucional em seu art. 227 que instituiu a doutrina de proteção integral e especial da criança e do adolescente, positivando que **“é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”**.

Dessa forma, o presente projeto de Lei teve a importante iniciativa de cumprir com esse mandamento constitucional e cabe a nós, agora, analisá-lo da melhor forma, levando em consideração - acima de tudo e com prioridade absoluta -, o superior interesse da criança.

Hoje, os meios de comunicação, como a televisão, rádio e a internet representam cada vez mais um relevante papel na formação, não somente de conhecimento, como também moral das crianças. Sabemos que a criança brasileira é a que mais assiste tevê no mundo, uma média diária de 5 horas e 20 minutos, o que supera em muito o tempo médio que elas passam dentro das salas de aula. Algo cerca de 3 horas e 15 minutos, segundo pesquisa do Centro de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas.

Assim, por ser grande usuária de diferentes meios de comunicação, a criança é vista como um público-alvo muito atrativo para a indução do consumo de produtos e serviços diversos. Além disso, são vistas como verdadeiras portas de entrada para influência de compra de toda a família, senso estimuladas para agirem como promotoras de vendas. Dados de pesquisas do próprio mercado apontam que a criança influencia cerca de 80 % das compras de uma casa, o que vai desde comida, passando por brinquedos, o carro da família e até mesmo materiais de limpeza.

Quem nunca viu um comercial de produto de limpeza com uma animação de um personagem animado ou super-herói? O que não podemos esquecer é que estes produtos não podem ser nem manuseados por crianças. Certamente convencer uma criança é mais fácil. Como já dizia o ditado, é “como roubar doce de criança” a tentativa de implantar desejos em uma criança para aquisição de um produto. Neste caso, no entanto, não se roubam doces, mas sim a paz de inúmeras famílias e a integridade física e psicológica de milhões de crianças.

A criança por ainda estar em um processo inconcluso de formação e não conseguir responder com igualdade a pressão que a publicidade exerce sobre ela, é mais vulnerável e acredita com maior facilidade que ela precisa de um determinado produto para ser feliz e aceita ou incluída.

Ainda, diversas pesquisas sobre a relação da criança com a publicidade demonstram a condição duplamente peculiar da criança frente aos apelos mercadológicos, sendo alvo fácil de convencimento por parte da publicidade: a criança é vulnerável devido ao seu processo inconcluso de formação física e psíquica; e a criança não entende a publicidade como tal, ou seja, seu caráter persuasivo.

Destaca-se, ainda, que a publicidade não somente abusa e explora a vulnerabilidade da criança, como também compromete o desenvolvimento saudável delas, por exemplo, estimular o consumo habitual de alimentos com alto teor de sais, açúcares e gorduras, contribuindo sobremaneira para o aumento da taxa de obesidade infantil no Brasil.

Atualmente temos uma verdadeira epidemia, na qual uma a cada três crianças estão obesas ou com sobrepeso e carregam consigo problemas de saúde que eram antes exclusivamente de adultos, como a diabetes tipo II, a hipertensão arterial, alguns tipos de câncer e outras doenças crônicas não transmissíveis. Isso também se explica pelo fato de que 89,7% dos alimentos anunciados destinados a crianças são ricos em gordura e açúcares.

Ademais, ao estimular desejos de consumo em quem não possui recursos financeiros suficientes para satisfazê-los, a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil favorece a violência e delinquência infantil, que coloca esse desejo como uma necessidade para uma vida feliz. Não tendo condições para lidar com tais informações que geram sofrimento, muitas crianças buscam alternativas para a satisfação desses desejos, sendo uma delas o uso da violência e a entrada para a criminalidade. Não é por acaso que a maioria (mais de 90%) dos adolescentes nas instituições socioeducativas cometeu atos infracionais ligados à aquisição de bens de consumo, como por exemplo, furto, roubo ou tráfico. Ou seja, a publicidade dirigida à criança é uma prática comercial abusiva que se utiliza da inexperiência e vulnerabilidade da criança para convencê-la da compra de um produto ou serviço e não respeita seu direito à proteção integral e especial, além de expô-las a um conteúdo que muitas vezes contribui para a intensificação de fatores, ligados ao consumismo, prejudiciais ao desenvolvimento infantil.

Diante de todo exposto, é nosso dever pensar qual o papel do Estado e dessa Casa Legislativa no que tange ao interesse da população brasileira, em especial da crianças e de suas famílias.

De forma alguma esse Parlamento pode se furtar de analisar esse tema com coragem política para efetivar os dispositivos normativos de proteção à infância dispostos tanto na Constituição Federal, como na Lei nº 8.069, de 13 de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei nº 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

Nesse diapasão, e considerando a criança como prioridade absoluta, como prevê o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, inclusive no que se refere a formulações e execuções de políticas sociais públicas, entendemos ser necessário que haja uma

legislação específica que regule a publicidade dirigida ao público infantil. Foi justamente devido a esse e outros estudos que diversos países, como Suécia, Noruega, Grécia, Dinamarca, Bélgica e Canadá impuseram em suas legislações restrições severas à publicidade destinada a crianças.

Portanto, somos a favor da aprovação do Projeto de Lei nº 5.921/2001, uma vez que visa abarcar legalmente e de forma específica o problema da exposição das crianças ao bombardeio publicitário e ao excessivo e abusivo *marketing* que delas e de suas vulnerabilidades se utilizam para promover a comercialização de produtos e serviços diversos.

Este parecer objetiva ainda, aperfeiçoar o texto do substitutivo que acompanha o relatório e respectivo voto exarado em 19 de junho de 2013. Desta forma, passo a analisar as emendas a ele apresentadas.

Emenda nº 3/13

A modificação supressiva do inciso IV do art. 3º do Substitutivo, que visa excluir os serviços financeiros dos itens cujo anúncio é considerado passível de ser nocivo à saúde física e mental de crianças e adolescentes, veiculada pela Emenda nº 3, vem fincada, em síntese, nos seguintes argumentos: referidos serviços são firmados entre pessoas capazes, que teoricamente representam ou assistem o público alvo da medida, o que já proporcionaria proteção; a publicidade ou propaganda do produto financeiro jamais poderia ser considerada nociva à saúde mental ou física; e tais serviços já são regulados pelo Código de Defesa do Consumidor (o qual já disponibiliza mecanismos de proteção) e pelos normativos do Banco Central do Brasil, órgão fiscalizador das instituições financeiras.

Firmamos convencimento em desfavor da referida emenda.

Primeiramente, porque o espírito do legislador (*mens legislatoris*) tem gênese na proteção contra o abuso de anúncio, propaganda ou publicidade capaz de induzir a criança ou adolescente a consumir determinados produtos ou serviços, o que demonstradamente contribui com o nefasto consumismo e seus perversos efeitos no desenvolvimento infantil. Não é contra determinado serviço como o financeiro em si mesmo. Assim como a compra de determinado produto por indução do público infanto-juvenil é efetuada pelo adulto de sua família, por exemplo, igual raciocínio tem serventia para entender a contratação de determinado serviço financeiro. Num e noutro caso existirá a figura do “representante” ou do “assistente” do induzido pelo anúncio, de maneira que não se vê motivação relevantemente suficiente a afastar da incidência da norma a publicidade dos serviços financeiros.

Além disso, a natureza do serviço financeiro, por si só, não é capaz de afastar a potencial prática abusiva da sua propaganda, *mens legis* perseguida pela presente proposta legislativa. Procura-se restringir a propaganda destinada a esse público vulnerável que são as crianças e adolescentes, com a obrigatoriedade de advertências e outras medidas afins, e não se busca impedir o fornecimento de tais serviços financeiros.

Por fim, o fato de já haver um Código de Defesa do Consumidor, que também se aplica aos serviços financeiros, como já firmou a jurisprudência do STF, que teoricamente já possui mecanismos de defesa contra o consumidor hipossuficiente, não significa reconhecer que as crianças e adolescentes estejam a salvo de tais investidas publicitárias fomentadoras do consumismo desenfreado e nefasto. Ao contrário, a prática cotidiana demonstra, como se afirmou no parecer anterior, que este público constitui um dos mais vulneráveis a merecer proteção especial e específica, como o que aqui se pretende.

Emenda n.º 1/13

O deputado Duarte Nogueira propõe adicionar ao texto (inciso VIII do art. 3º) apresentado no substitutivo a expressão “assim considerados por organizações internacionais de proteção à saúde, quando fundamentados em critérios cientificamente comprovados.”

Justifica, em síntese, com a existência ampla de regulamentação em relação a alimentos visando proteger o consumidor. Ainda, segundo o autor da emenda, o substitutivo não prevê o mecanismo de definição do que venha a ser quantidade elevada, carecendo, portanto, de critérios científicos recomendados por organismos internacionais renomados.

No seu entender, não existe alimento bom ou ruim, maléfico ou não saudável, mas dietas adequadas ou não, e, neste particular, o substitutivo revela-se deficiente a merecer texto saneador aditivo como o proposto.

Consideramos prudente a preocupação manifestada em sua justificativa. E, em nosso sentir, em apreço à soberania, a definição do efeito maléfico deverá vir também da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – órgão legalmente incumbido de normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde.¹

Destarte, não apenas merece absorção pelo substitutivo a emenda aditiva, mas também seu aperfeiçoamento para incluir, a ANVISA, no teor seguinte:

“assim considerados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – ou por organizações internacionais de proteção à saúde, quando fundamentados em critérios cientificamente comprovados.”

Emenda n.º 2/13

O mesmo nobre parlamentar autor da emenda anterior propõe adicionar ao texto constante do inciso III do art. 5 do substitutivo a expressão “para os produtos contemplados no inciso I, do artigo 3º desta lei,” (...). Em outras palavras, propõe restringir o requisito da obrigatoriedade da cláusula de advertência para tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos, terapias, emagrecedores e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida.

Em sua justificativa, aponta, em resumo e em essência, vício de inconstitucionalidade, eis que a advertência somente seria exigida pela Carta Magna para propaganda comercial de *tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias*, conforme expressão do § 4º do art. 220, o que estaria em consonância com a liberdade de iniciativa proclamada no art. 170.

Contudo, assim não entendemos. Não há, observada a interpretação da Constituição como unidade, qualquer vício que implique a incompatibilidade vertical apontada. A aparente antinomia entre o conceito de liberdade de iniciativa (art. 170) e a restrição proposta (cláusula de advertência sobre a potencial nocividade do produto ou serviço) revela-se superada com o aporte axiológico veiculado em outros dispositivos do Texto Maior.

Na mesma posição topográfica (Título VIII – Da Ordem Social, Capítulo V – Da Comunicação Social), o próprio artigo 220, no inciso II do seu § 4º, enaltece a necessidade de *estabelecer meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de (...) bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente*.

Logo em seguida, no art. 227 (Capítulo VI – Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), figura, em textual:

Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*

O Supremo Tribunal Federal já sedimentou entendimento reconhecendo a proteção aos direitos da criança e do adolescente como um dos direitos sociais mais expressivos, em eloquente indicação de sua preponderância ante tentativas de interpretação restritiva.

Outro dispositivo do Texto Maior que respalda a conclusão hermenêutica a que se chega com a técnica de interpretação que prestigia a unidade constitucional reside no art. 6º que ordena a proteção à infância.

De tudo exsurge a compatibilidade do texto do inciso III do art. 5º como grafado no Substitutivo, sem a restrição que propõe a Emenda n.º 2/13, razão pela qual optamos por manter aquela redação. Há outro aspecto que merece ser aperfeiçoado no Substitutivo que, por lapso, fez-se constar do texto. De efeito, exclui-se o § 4º do art. 6º do Substitutivo, não havendo necessidade do que constava expresso no texto anterior. Assim, com o intuito de evitar interpretações que não se coadunam com o espírito desta lei, aproveita-se esta oportunidade propícia à correção deste lapso.

Expendidas estas razões, votamos pela aprovação do Projeto de Lei nº 5.921 de 2001 e da Emenda nº 01/11 apresentada na Comissão, bem assim da Emenda 01/13 oposta ao substitutivo, e pela rejeição das Emendas 02/13 e 03/13 apresentadas ao substitutivo, tudo na forma do novo substitutivo em anexo.

Sala da Comissão, em 17 de setembro 2013.

Deputado SALVADOR ZIMBALDI
Relator

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 5.921, DE 2001

Dispõe sobre a publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, sobre a publicidade dirigida a crianças e adolescentes, e dá outras providências.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, sobre a publicidade dirigida a crianças e adolescentes, e dá outras providências.

Parágrafo único: Consideram-se para os efeitos desta lei, os limites de idade estipulados no art. 2º da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990, e o disposto sobre publicidade no art. 36 e art. 37 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Art. 2º Crianças e adolescentes ficam reconhecidos como hipervulneráveis frente à publicidade.

Art. 3º Considera-se, para os fins desta lei, publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e ou adolescentes, aquela que anuncie algum dos seguintes itens:

I – tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos, terapias, emagrecedores e produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida;

II – produtos, práticas e serviços de natureza sexual ou com forte apelo à sensualidade;

III – produtos, práticas ou serviços de relacionamento, em especial os de natureza sexual;

IV – serviços financeiros;

V – serviços de aposta, incluindo as loterias oficiais;

VI – fogos de estampido e de artifício, exceto aqueles que pelo seu reduzido potencial sejam incapazes de provocar qualquer dano físico em caso de utilização indevida;

VII – armas de fogo e munições;

VIII – alimentos com quantidade elevada de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans ou de sódio e bebidas com baixo teor nutricional, assim considerados pela Agência

Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – ou por organizações internacionais de proteção à saúde, quando fundamentados em critérios cientificamente comprovados;

IX – qualquer outro produto, prática ou serviço cujo consumo por crianças ou adolescentes seja proibido ou não recomendável;

Parágrafo único: Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a meio grau.

Art. 4º Considera-se, para os fins desta lei, abusiva a publicidade dirigida a crianças e adolescentes que contenha ao menos um dos seguintes elementos:

I – anúncio de produto, prática ou serviço sabidamente destinado ao consumo por crianças ou adolescentes, ou que tenha algum desses grupos como seu maior público consumidor;

II – linguagem infantil;

III – personalidades, personagens ou qualquer outro elemento reconhecível como pertencente ao universo de produtos culturais destinados a crianças e adolescentes;

IV – desenho animado ou de animação;

V – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis com apelo ao público infantil;

VI – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil;

VII – trilhas sonoras compostas por música infantil ou cantada por vozes de crianças;

VIII – utilização de personagem, real ou animado, reconhecível como criança.

Art. 5º A publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças ou adolescentes, assim definida no art. 3º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos:

I – não conter qualquer dos elementos presentes em publicidade destinada a crianças e adolescentes, em especial aqueles elencados no art. 4º desta lei;

II – não ser veiculada em publicações, programas, sítios na internet ou qualquer outro produto midiático que seja destinado a crianças e adolescentes;

III - conter cláusula de advertência, facilmente identificável, informando que o consumo do produto, prática ou serviço anunciado pode ser nocivo à saúde física e mental de crianças e adolescentes.

Art. 6º A publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, deve atender aos seguintes requisitos:

I – respeitar a dignidade da pessoa humana, a intimidade, o interesse social, as instituições e símbolos nacionais e o núcleo familiar;

II – garantir atenção e cuidado especial às características psicológicas da criança e do adolescente;

III – respeitar a ingenuidade, a credulidade, a inexperiência e o sentimento de lealdade da criança e do adolescente;

IV – primar por uma apresentação verdadeira do produto, prática ou serviço oferecido, esclarecendo sobre suas características e funcionamento, sem o emprego de recursos que exagerem suas reais características, considerando especialmente as características peculiares do público-alvo a que se destina;

V – exibir, de maneira clara e objetiva, em linguagem de fácil compreensão por crianças e adolescentes, preços e condições de venda dos produtos, práticas e serviços anunciados;

- VI – contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam crianças e adolescentes;
- VII – não permitir que a influência do anúncio leve a criança ou o adolescente a constranger seus responsáveis ou a conduzi-los a uma posição socialmente inferior ou condenável;
- VIII – não explorar a confiança de crianças e adolescentes em seus pais, professores e outros líderes de opinião;
- IX – não favorecer ou estimular qualquer espécie de ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade;
- X – não induzir, ainda que implicitamente, sentimento de inferioridade na criança e no adolescente, caso este não consuma determinado produto, prática ou serviço;
- XI – não induzir, favorecer, enaltecer ou estimular, de qualquer forma, atividades criminosas, ilegais ou que ofendam aos usos e costumes da sociedade;
- XII – não explorar a crença, o medo e a superstição;
- XIII – não induzir, de forma alguma, a qualquer espécie de violência;
- XIV – não induzir, de forma alguma, a qualquer forma de degradação do meio ambiente;
- XV – não apregoar que o produto, prática ou serviço conta com características peculiares se, na verdade, tais características puderem ser encontradas em similares;
- XVI – não desmerecer valores sociais positivos, como amizade, urbanidade, honestidade, justiça, generosidade e respeito a pessoas, animais e ao meio ambiente;
- XVII – não empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo;

§1º Em conteúdos audiovisuais ou de áudio, a exibição da publicidade prevista no caput será feita exclusivamente em intervalos comerciais, com clara indicação do início e do fim do intervalo, de forma a possibilitar à criança e ao adolescente uma fácil percepção da diferença entre os conteúdos midiáticos sem natureza publicitária e o intervalo comercial;

§2º Os anúncios previstos no caput devem retratar o consumo de produtos, práticas e serviços de maneira responsável e moderada, sendo vedado o encorajamento de condutas inadequadas, tais como o consumo exagerado ou compulsivo.

§3º Os anúncios de brinquedos deverão indicar claramente qual o tamanho real do produto anunciado e se acessórios adicionais são necessários para o seu funcionamento e se o produto é isolado ou parte de uma série colecionável e a qual faixa etária é recomendado.

Art. 7º São vedadas e consideradas abusivas, na publicidade dirigida a crianças e adolescentes, assim definida no art. 4º desta lei, as seguintes práticas:

- I – utilização de formato de merchandising, em especial em programas audiovisuais ou de áudio destinados a crianças ou a adolescentes;
- II – utilização de apelo imperativo de consumo, direta ou indiretamente;
- III – utilização de formato que procure gerar confusão entre publicidade e conteúdos midiáticos sem natureza publicitária;
- IV – utilização de técnicas na elaboração da peça publicitária que possam induzir o entendimento de que o produto ou serviço pode oferecer mais do que na realidade oferece;
- V – exibição, indicação ou sugestão de qualquer atitude que possa conduzir a criança ou o adolescente a uma situação de risco ou uso inadequado do produto ou serviço;
- VI – utilização de expressões “somente”, “apenas”, “precinho”, “preço baixo” ou outras da mesma natureza para qualificar o preço anunciado do produto, prática ou serviço.

Art. 8º As infrações das normas desta lei ficam sujeitas às sanções previstas nos artigos 62 a 74 da Lei nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor.

Art. 9º Será responsável pela fiscalização da efetivação e do respeito às normas desta lei o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e os órgãos a ele congregados.

Art. 10. Aplica-se à publicidade de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde física e mental de crianças e adolescentes, e à publicidade dirigida a crianças e adolescentes, sem prejuízo das determinações especiais contidas nesta lei, no que couber, todas as disposições da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

Art. 11. Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala da Comissão, em 17 de setembro de 2013.

Deputado **SALVADOR ZIMBALDI**
Relator